

Université de Montréal

**LE DROIT À RÉPARATION DES VICTIMES DE VIOLATIONS DES
DROITS HUMAINS PAR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES**

Par CHRISTELLE BELPORO

Faculté des études supérieures et postdoctorales

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit en vue de l'obtention
du grade de Maîtrise en droit (L.L.M)

Option Droit international Public

Septembre, 2014

© Belporo Christelle, 2014

Je dédie ce mémoire à mes parents, *Léa et Joseph BELPORO* qui m'ont inculqué l'amour du droit et de la justice dès ma plus tendre enfance, qui ont énormément sacrifié pour me permettre de réaliser mes rêves et faire de moi la femme que je suis.

REMERCIEMENTS

La rédaction de ce mémoire a certes été une expérience solitaire, mais elle a surtout été un parcours à travers lequel j'ai beaucoup reçu, et appris. Je tiens ici à exprimer ma sincère reconnaissance envers tous ceux qui m'ont apporté leur aide sur ce chemin, mais qu'il est difficile de remercier nommément.

Ma gratitude s'adresse premièrement à la directrice de recherche exceptionnelle qui m'a accompagnée tout au long de ce processus. Je suis extrêmement reconnaissante au Professeur Renée-Claude Drouin, qui, par son sens de l'écoute, sa grande disponibilité à su faire éclore en moi les capacités nécessaires pour arriver au bout de ce projet. Ses qualités de pédagogue et sa rigueur scientifique combinées à ses qualités humaines font d'elle une intellectuelle chevronnée.

Je suis aussi reconnaissante au Professeur Amissi Manirabona qui m'a initiée à la recherche sur le sujet passionnant des entreprises multinationales et les droits humains. Les échanges de haut vol nourris que nous avons partagés au cours de ces deux dernières années ont définitivement changé ma perspective du droit international.

Je remercie également le professeur Gilles Trudeau qui a bien voulu consacrer de son temps pour siéger dans le jury d'évaluation de ce mémoire.

Ma gratitude va ensuite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, précisément à Martin Scully, Claudia Escobar et Josée Deschamps, pour leur présence discrète, mais dont le soutien inestimable a permis que j'aie les ressources nécessaires pour effectuer ma maîtrise.

Je reste également redevable à Sébastien, et Henri qui ont accepté de relire ce travail.

Je remercie aussi mes camarades de promotion pour les encouragements mutuels lors des longues journées de travail à la bibliothèque qui est devenue notre deuxième maison, Carole, Priscille, Djibi, Clara, à qui je souhaite également tout le meilleur après leur maîtrise.

Enfin, je ne remercierais jamais assez ma merveilleuse famille dont mes frères bien-aimés, qui malgré les 11 023.85 Km qui nous séparent a toujours su m'apporter l'amour et le soutien nécessaire pour que j'achève ma rédaction. Merci aux familles Yatchou, Solfané, Sévère, Caron et à toutes les personnes qui m'ont accueillie à mon arrivée dans ce pays. Merci aussi à la grande famille et mes amis du *Groupe Biblique Universitaire* de l'Université de Montréal pour leur soutien spirituel indéfectible qui a contribué parallèlement à ma formation académique à ma croissance dans la foi.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	II
TABLE DES MATIÈRES.....	III
RÉSUMÉ.....	V
ABSTRACT	VI
LISTE DES ACRONYMES	VII
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
CHAPITRE 1 : L'ÉTROITESSE DES FONDEMENTS DU DROIT À RÉPARATION EN DROIT INTERNATIONAL.....	18
SECTION I LES FONDEMENTS GÉNÉRAUX DU DROIT À RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX INTERNATIONAL	18
PARAGRAPHE 1 LES ASSISES JURIDIQUES DU DROIT À RÉPARATION INCOMBANT AUX ACTEURS ÉTATIQUES DANS LE CONTENTIEUX INTERÉTATIQUE	19
1. <i>La consécration du droit à réparation par le biais de la protection diplomatique.....</i>	19
2. <i>L'édification d'un droit à réparation par le biais de la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite</i>	22
PARAGRAPHE 2 L'ANCRAGE NORMATIF DU DROIT À RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX DE VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS.....	25
1. <i>La consécration du droit à réparation dans les instruments universels des droits fondamentaux.....</i>	26
2. <i>L'affirmation d'un droit à réparation dans les instruments régionaux de protection des droits humains</i>	29
SECTION II L'ÉTENDUE LIMITÉE DES FONDEMENTS DU DROIT À RÉPARATION SPÉCIFIQUE AUX ACTEURS NON ÉTATIQUES.....	32
PARAGRAPHE 1 LES ÉTAPES DE L'ADOPTION DES PRINCIPES DIRECTEURS	33
1. <i>Bref historique de l'émergence d'un cadre régulant les activités des EMNs</i>	34
2. <i>Les démarches les plus déterminantes dans la mise sur pied des principes directeurs à destination des entreprises</i>	37
PARAGRAPHE 2 LA RESPONSABILITÉ POUR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES DE RESPECTER LES DROITS HUMAINS COMME BASE RELATIVE D'UN DROIT À RÉPARATION	40
1. <i>Le contenu des droits à respecter</i>	40
2. <i>L'étendue de la responsabilité de respecter et la question de l'opposabilité et de la justiciabilité des droits humains dans le contentieux impliquant les EMNs.....</i>	43
CONCLUSION CHAPITRE 1.....	49
CHAPITRE 2 LA RELATIVE PORTÉE DE L'ATCA DANS LA CONSÉCRATION DU DROIT À RÉPARATION POUR LES VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS PAR LES EMNS.....	51

SECTION I L'ATCA : UN MÉCANISME RÉCUPÉRÉ AU SERVICE DE LA PROTECTION DES DROITS HUMAINS..... 52

PARAGRAPHE 1 GENÈSE ET ÉVOLUTION DE L'ATCA 52

1. *Contexte historique de l'adoption de l'ATCA* 53
2. *Un instrument moderne dans la consécration de la protection des droits humains* 55

PARAGRAPHE 2 L'ATCA À L'AUNE DE L'UNIVERSALITÉ DANS LA PROTECTION DES DROITS HUMAINS..... 59

1. *Une loi récupérée au service de la lutte contre l'impunité des EMNS*..... 60
2. *L'ATCA comme idéal inachevé d'un modèle de compétence civile universelle* 62

SECTION II L'ATCA : UNE LOI AUX MODESTES RÉALISATIONS66

PARAGRAPHE 1 LES OBSTACLES *RATIONE MATERIAE* INHÉRENTS À L'ATCA..... 69

1. *Les ambiguïtés substantielles des promesses de l'ATCA*..... 69
2. *Les obstacles liés à la détermination de la complicité des EMNs dans les violations de droits humains* 80

PARAGRAPHE 2 L'IMPACT DE L'AFFAIRE *KIOBEL* SUR LE DROIT À RÉPARATION DANS LE CONTENTIEUX IMPLIQUANT LES EMNS..... 87

1. *La préconisation d'une application restrictive de l'ATCA*..... 89
2. *Les défis post-Kiobel*..... 95

CONCLUSION CHAPITRE 2 100

CHAPITRE 3 LES AVENUES ENVISAGEABLES POUR UNE MISE EN ŒUVRE EFFICIENTE DU DROIT À RÉPARATION PAR LES EMNS..... 103

SECTION I LES OPPORTUNITÉS ET LES ARGUMENTS JURIDIQUES POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À RÉPARATION FACE AUX LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL 106

PARAGRAPHE 1 LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES EMNS ET L'OBLIGATION DE DILIGENCE COMME BASE POSSIBLE POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À RÉPARATION 108

- 1) *L'obligation de réparer pour une filiale étrangère en cas de négligence devant les tribunaux de l'État d'origine : le cas de Shell aux Pays-Bas* 109
- 2) *L'obligation du « duty of care » de la maison mère des EMNs devant les tribunaux de l'État d'origine: le cas de Hudbay au Canada*..... 115

PARAGRAPHE 2 LES OBSTACLES INHÉRENTS À LA DILIGENCE RAISONNABLE ET LES ARGUMENTS JURIDIQUES COMPLÉMENTAIRES À LA CONSTRUCTION D'UN DROIT À RÉPARATION POUR LES VICTIMES 121

- 1) *Les défis propres à l'établissement d'un droit à réparation basé sur la responsabilité civile en cas de manquement à la diligence raisonnable* 122
- 2) *Les initiatives juridiques complémentaires à la mise en œuvre du droit à réparation : opportunités et limites dans les rapports avec les sous-traitants* 129

SECTION II LES VOIES ALTERNATIVES POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À RÉPARATION PAR LES EMNS: LE CAS PRATIQUE DE LA TRAGÉDIE AU BANGLADESH..... 134

PARAGRAPHE 1 L'ACCORD SUR LES MESURES DE SÉCURITÉ AYANT TRAIT AUX INCENDIES ET AUX BÂTIMENTS: UNE INITIATIVE PIONNIÈRE POUR LA PROTECTION DES DROITS DES TRAVAILLEURS 137

- 1) *Le contenu de l'Accord sur les mesures de sécurité ayant trait aux incendies et aux bâtiments* 138

2) <i>Les spécificités et la portée de l'Accord</i>	140
PARAGRAPHE 2 LA PORTÉE DU FONDS D'INDEMNISATION POUR LA RÉPARATION DES VICTIMES AU BANGLADESH ..	145
1) <i>Les modalités pour l'indemnisation des victimes</i>	146
2) <i>Les faiblesses et les défis opérationnels liés à la constitution du Fonds spécial d'indemnisation</i>	149
CONCLUSION CHAPITRE 3	151
CONCLUSION GÉNÉRALE	153
BIBLIOGRAPHIE	I

RÉSUMÉ

Alors que la question de la responsabilité juridique des entreprises multinationales (EMNs) est sujette à de nombreuses controverses sur la sphère internationale, les victimes collatérales et directes des activités des EMNs sont engagées dans une tout autre bataille. En effet, de quels recours disposent les victimes de pollution environnementale causée par les activités d'une entreprise minière, ou les employés victimes de violations des droits fondamentaux du travail au sein d'une chaîne de production par les sous-traitants d'une très respectable EMN? Telles sont les interrogations animant la présente étude qui se focalise essentiellement sur la mise en œuvre du droit à la réparation consacrée par le troisième pilier des Principes directeurs adoptés par l'ONU en 2011. Retraçant les fondements du droit à la réparation en droit international, elle met en évidence l'impossibilité de poursuivre les EMNs devant les instances internationales du fait de l'irresponsabilité juridique internationale découlant du statut actuel des EMNS. En l'absence de législation extraterritoriale et d'harmonisation juridique au niveau régional, l'analyse aborde ainsi en profondeur les opportunités et les limites de la mise en œuvre du droit à réparation devant les instances judiciaires nationales les plus courues du moment par les victimes qui cherchent à obtenir des réparations pour les violations des droits humains par les EMNs.

Si les obstacles rencontrés par les victimes devant le prétoire américain n'ont eu de cesse de se multiplier ces dernières années, l'émergence d'un principe de diligence raisonnable sous-tendant l'idée d'une responsabilité civile des EMNS devant le juge européen et canadien peut offrir une base adéquate pour asseoir l'encadrement d'un droit à réparation par les acteurs transnationaux à l'échelle locale. Les Principes directeurs privilégiant également l'implication des EMNs dans la mise en œuvre du droit à réparation, la recherche se clôt avec l'étude du cas pratique de la réponse apportée par les EMNs aux victimes bangladaises de la tragédie du Rana Plaza survenue en 2013 à Dacca. L'analyse permet ainsi de conclure que de ce combat aux allures de David contre Goliath opposant les EMNs à leurs victimes, il est impératif que les mécanismes judiciaires nationaux soient renforcés et que l'encadrement juridique de la responsabilité internationale des EMNs sorte enfin des sentiers battus afin de remédier à l'asymétrie causée par la poursuite des intérêts économiques sur la protection effective des droits humains.

Mots-Clés :

Droit à réparation, droits humains, entreprises multinationales, contentieux transnational, victimes.

ABSTRACT

While the legal issue of multinational companies' (MNCs) liability is subject to a large controversy in the international sphere, the collateral and direct victims of the MNCs' activities are engaged in a different battle. Indeed, what remedies are available to victims of environmental pollution caused by a mining company, or employees who are victims of human rights violations of labour within a production chain managed by the subcontractors of a very respectable MNC? These are the main questions of this study which focuses primarily on the implementation of the right to remedy enshrined in the third pillar of the UN Guidelines adopted in 2011. Tracing the foundations of the right to remedy under international law, it highlights the impossibility to prosecute MNCs in international forums due to the international legal irresponsibility resulting from the current status of MNCs. In the absence of extraterritorial legislation and legal harmonization at the regional level, the analysis proposes an in depth discussion of the opportunities and limitations of the implementation of the right to remedy in the main national courts used by victims seeking redress for human rights violations committed by MNCs.

If the barriers faced by victims before the American courts have not ceased to grow in recent years, the emergence of due diligence obligation behind the idea of a civil liability of MNCs presented before European judges can provide an adequate basis to establish the framework of a right to compensation by transnational actors at the local level. As the Guidelines also emphasize the involvement of MNCs in the implementation of the right to compensation, the study concludes with the practical case study of the response given by MNCs to the Bangladeshi victims of the 2013 Rana Plaza tragedy that occurred in Dhaka. The analysis allows to conclude that this struggle between MNCs and their victims is similar to the battle between David and Goliath. It is thus imperative to strengthen national judicial mechanisms and ensure that the legal framework for the international responsibility of MNCs finally gets out of the beaten tracks to address the asymmetry between the pursuit of economic interests and the effective protection of human rights.

Keywords:

Right to remedy, human rights, multinational companies, transnational litigation, victims.

LISTE DES ACRONYMES

ACI	Accord-cadre International
ATCA	Alien Tort Claim Act
ATS	Alien Tort Statute
CIJ	Cour Internationale de Justice
CPJI	Cour Permanente de Justice Internationale
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
EMNS	Entreprises multinationales
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économique
OIT	Organisation Internationale du Travail
ONU	Organisation des Nations Unies
ONG	Organisation non gouvernementale
PCN	Point de Contact National
RSE	Responsabilité Sociale des Entreprises
TVPA	Torture Victims Protection Act

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Ubi jus ibi remedium* »¹

Les entreprises multinationales et la mondialisation

Le droit international a connu des évolutions importantes au cours des dernières années. D'un droit de coexistence entre les différentes souverainetés étatiques, il est passé à un droit de coopération intégrant désormais une pluralité d'acteurs sur la scène internationale. Dans le même sillage, la globalisation économique et ses nombreux effets ont contribué à reformuler le paradigme qui faisait de l'État la seule pierre angulaire de la construction structurelle du droit international². Une place prépondérante est désormais occupée par de nouveaux acteurs qui exercent une influence croissante dans l'édification de l'architecture du droit international. Ce bouleversement est principalement amorcé par les acteurs économiques, au rang desquels figurent les entreprises multinationales, qui font désormais office de concurrents aux entités étatiques. En effet, le pouvoir de ces dernières n'a cessé de s'étendre tant au niveau de la sphère économique, qu'à celui de la sphère sociale. Tantôt appelées firmes multinationales, tantôt entreprises ou sociétés transnationales, ces entités demeurent difficilement cernables et il n'existe à notre connaissance aucune définition juridique précise du concept d'entreprise multinationale en droit international. Il faut alors recourir aux divers instruments universels ou multilatéraux pour rassembler les caractéristiques permettant de qualifier de multinationale une entreprise.

L'Organisation Internationale du Travail (OIT), par exemple, a affirmé dans la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales* (EMNs) qu'une définition juridique n'était pas essentielle pour comprendre l'objet de ladite Déclaration. Le texte se contente de préciser que :

« Les entreprises multinationales comprennent des entreprises, que leur capital soit public, mixte ou privé, qui possèdent ou contrôlent la production, la distribution, les services et autres moyens en dehors du pays où elles ont leur siège. Le degré d'autonomie de chaque entité par rapport aux autres au sein des entreprises multinationales est très variable d'une entreprise à l'autre, selon la nature des liens qui unissent ces entités et leur domaine d'activité et compte tenu de la grande

¹ [Latin : là où il y a droit, il y a réparation].

² ANYSSA BELLAL, *Immunités et violations graves des droits humains*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 28.

diversité en matière de forme de propriété, d'envergure, de nature des activités des entreprises en question et des lieux où elles opèrent. Sauf indication contraire, le terme « entreprise multinationale », tel qu'il est utilisé dans la présente Déclaration, se réfère aux diverses entités (société mère ou entités locales ou les deux, ou encore tout un groupe) en fonction de la répartition des responsabilités entre elles, dans l'idée qu'elles coopéreront et s'entraideront, le cas échéant, pour être mieux à même d'observer les principes énoncés dans cette Déclaration »³.

Dans le même sens, l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (OCDE) a écarté toute définition formelle du concept des EMNs dans les *Principes directeurs à l'intention des entreprises*⁴. Ces derniers énoncent simplement qu'il s'agit des entreprises ou des entités établies dans plusieurs pays, qui sont liées de manière à pouvoir coordonner leurs activités de diverses manières. Finalement pour John Ruggie, ancien Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales, les multinationales sont des :

« companies that conduct business in more than one country, whether as vertically integrated firms, joint ventures, corporate group, cross-border production networks, alliances, trading companies, or through ongoing contractual relationships with off-shore suppliers of goods and services; and whether publicly listed, privately held, or state-owned. »⁵.

Dans le même sens, aux fins de cette étude, nous appréhenderons les EMNs de façon large, comme des entités qui se déploient dans tous les secteurs de l'économie, et comme des puissants leviers de développement économique et social. Le dernier rapport de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) révèle en effet que la production internationale des sociétés transnationales a considérablement augmenté ces dernières années⁶. Les EMNs qui sont estimées à plus de 80 000, ont employé

³ OIT, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 204e session (Genève, novembre 1977), telle qu'amendée par le Conseil à sa 279e session (Genève, novembre 2000) et à sa 295e session (mars 2006), en ligne : <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf>, p. 2 (Site consulté le 3 janvier 2014).

⁴ OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 2011, p. 19, 20 et 201, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr>> (Site consulté le 28 janvier 2014).

⁵ JOHN GERARD RUGGIE, *Just business*, Londres, W.W. Norton & Company, 2013, p. xxxi.

⁶ Les investissements des sociétés transnationales (STN) de pays en développement ont atteint un nouveau montant record en 2013, soit 454 milliards de dollars, voir CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2014*, p.2, en ligne : <http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2014_overview_fr.pdf> (Site consulté le 22 janvier 2014).

environ 72 millions de personnes en 2013 dans leurs multiples filiales étrangères⁷. Elles ont produit des ventes d'une valeur de 26 000 milliards de dollars, dont 7 500 milliards de dollars pour l'exportation⁸.

Dans ce contexte, les États se livrent à une concurrence acharnée afin d'attirer les investisseurs sur leurs territoires en multipliant les traités et accords bilatéraux dans plusieurs secteurs. À la fin de l'année 2012 par exemple, le régime des accords internationaux d'investissement se chiffrait à 3196, dont 2857 accords bilatéraux d'investissement et près de 339 accords d'intégration ou de coopération comportant un volet investissement⁹. Afin d'accroître les investissements étrangers, les États ont progressivement dû prendre un certain nombre de dispositions qui ont contribué à favoriser certaines inégalités dans leurs rapports économiques avec les acteurs privés. Au rang de celles-ci figurent notamment l'introduction de clauses de protection des investisseurs étrangers dans les contrats, les garanties de traitement national, les garanties de traitement équitable, et les garanties contre l'expropriation qui visent à rendre le climat favorable pour les investissements en protégeant les entreprises, mais pas forcément pour les États et encore bien moins pour la protection des droits humains¹⁰. De fait, les encadrements législatifs se sont progressivement assouplis dans plusieurs pays afin de laisser place à des régimes réglementaires moins rigoureux dans plusieurs sphères où les activités des EMNs peuvent pourtant avoir des impacts potentiels ou réels sur les droits humains¹¹. Les EMNs

⁷ CNUCED, *Rapport sur l'investissement dans le monde 2013*, p.8, en ligne :

<http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview_fr.pdf> (Site consulté le 22 juillet 2014).

⁸ *Id.*

⁹ *Id.*, p. 17.

¹⁰ Olivier DE SCHUTTER, « 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 », dans ISABELLE DAUGARHEIL, (dir.), *La responsabilité des entreprises multinationales en matière de droits de l'homme et contrôle des États*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 707, à la page 712-728.

¹¹ D'autres entreprises font souvent d'ailleurs peser la menace de relocaliser ailleurs les maisons-mères dans le but de fuir les encadrements nationaux qui feraient peser trop d'obligations légales sur les activités économiques. On en veut pour preuve le nombre impressionnant d'entreprises minières qui ont par exemple leur siège au Canada, attirées par la réglementation minière qui est assez favorable à ces dernières, et qui a suscité plusieurs études sur la question de la conformité de celle-ci par rapport aux exigences internationales. Pour un exposé détaillé sur ce sujet voir Marine COURNIER, *Sociétés minières canadiennes et violations des droits de l'homme à l'étranger : le Canada respecte-t-il les prescriptions internationales en la matière?* Mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2013. Voir aussi Lucile TRANCHECOSTE, *Droits humains, Sociétés transnationales et responsabilité internationale de l'État: Cas de l'investissement public dans le secteur extractif*, Mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université du Québec à Montréal, 2010.

disposent par ailleurs d'une influence sur le choix de la loi applicable pour trancher les litiges commerciaux et ceux liés aux investissements. Cette aptitude a pour objectif de les mettre à l'abri des systèmes juridiques nationaux, souvent traversés par « des zones de non-droit caractérisées par l'arbitraire et la corruption »¹². Elles semblent d'ailleurs privilégier, comme destination d'affaires, les pays manifestant une faiblesse volontaire ou contrainte dans l'encadrement des systèmes juridiques ou fiscaux des activités des EMNs¹³. Elles profitent ainsi d'une quasi-immunité, en plus du triple avantage qui leur est offert à la fois par le droit des sociétés, la disparité des systèmes juridiques nationaux où elles sont installées, et par le vide juridique, au niveau du droit international.

Le statut juridique des entreprises multinationales

Le droit des sociétés consacre le principe classique de l'autonomie juridique des sociétés qui les met à l'abri d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité des sociétés mères, « titulaires réels du pouvoir », en cas de dommages causés par les filiales¹⁴. L'existence de personnalités morales distinctes est en effet justifiée par des intérêts économiques, puisque cette technique « en même temps qu'elle constitue un outil de mobilisation des capitaux nécessaires aux investissements est un « écran » qui protège le pouvoir économique par le cantonnement des risques. »¹⁵. Remettre en cause le principe de la responsabilité limitée des sociétés pourrait non seulement diminuer l'attractivité de la technique sociétaire, mais de façon plus large, déstabiliser l'ordre économique, dans le cas où il y aurait des faillites à la chaîne dans le cadre des procédures collectives¹⁶.

¹² Emmanuel DECAUX, « Le projet de l'ONU sur la responsabilité des entreprises », dans I. DAUGAREILH, préc., note 10, p. 459, à la page 468.

¹³ Terry COLLINGSWORTH, « La primauté du droit sur l'économie mondiale », dans I. DAUGAREILH, préc., note 12, p. 679. Évidemment les raisons poussant les EMNs à investir à l'étranger sont multiples et varient souvent d'une firme à l'autre. Voir notamment sur ce sujet, F. PARÉ, *Le droit du travail américain : un droit plus favorable à l'investissement que le droit du travail québécois? Une étude de la question*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2014, p. 21 et suiv.

¹⁴ ISABELLE DAUGAREILH, (dir.), *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. XIV. Dans le même sens JOHN GERARD RUGGIE, préc., note 5, p. xxxiii.

¹⁵ MAHMOUD MOHAMED SALAH, *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* Paris, L.G.D.J, 2012, p. 276.

¹⁶ *Id.*

À cela s'ajoute au plan interne, la grande disparité de l'encadrement des activités des EMNs. En effet, il n'existe pas de coordination, ou de coopération permettant aux différents systèmes juridiques nationaux de converger vers une base commune pour rigoureusement encadrer les litiges impliquant les EMNs qui sont pourtant rattachées à des ordres juridiques internes différents. Ces dernières peuvent donc profiter des failles et faiblesses de chaque système en instrumentalisant les normes disponibles en fonction de leurs intérêts. Isabelle Daugareilh explique d'ailleurs bien ce phénomène:

« Seule la loi nationale et en premier chef, celle sur le territoire duquel s'est produit le dommage est en principe applicable. Nombreux sont donc les dommages restés impunis en vertu de la loi locale, et rares sont ceux qui ont pu donner lieu à la réparation en vertu de la loi du siège de l'entreprise transnationale. C'est pourquoi la complexité des montages juridiques, la multi localisation des établissements, leur mobilité, leur volatilité, leur invisibilité et leur insaisissabilité conduisent toujours à des scénarios relativement complexes de restitutions dans des opérations de recherche en responsabilité des dommages causés »¹⁷.

Au bout du compte, en droit international, la répression des violations commises par les EMNs reste difficile à mettre en œuvre, dans la mesure où ces dernières ne sont toujours pas encore reconnues comme des sujets majeurs de droit international. Malgré la mondialisation et le développement des échanges internationaux, il subsiste toujours de grandes réticences de la part des États à octroyer un statut similaire aux EMNs. Bien que le sacro-saint principe de souveraineté soit progressivement remis en cause par la prépondérance et l'influence grandissante des acteurs privés, les États se préservent toujours le pouvoir de réguler leurs affaires internes. À ce titre, les États jaloux de leur souveraineté s'opposent à la consécration des acteurs économiques comme sujets de droit international. La principale raison de cette réticence reste liée à l'argument principal selon lequel les EMNs ne disposent pas de la personnalité juridique en droit international. En effet, la personnalité juridique est « le masque dont [sont revêtus les États] pour pouvoir invoquer des droits subjectifs sur la scène internationale »¹⁸. Or, la question du statut juridique des EMNs en droit international reste floue et le débat sur la question de la

¹⁷ I. DAUGAREILH, préc., note 14, p. XIV.

¹⁸ MAHMOUD MOHAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, p. 174.

personnalité juridique, qui doterait par ricochet les entreprises d'un statut juridique en droit international, reste aussi ouvert.

Une première école de pensée rejette la possibilité que soit reconnue aux entreprises la personnalité juridique internationale au motif que ces dernières ne possèdent pas les attributs permettant de reconnaître qu'une entité est un sujet du droit international tel qu'établi par la Cour Internationale de Justice (CIJ)¹⁹. Dans un célèbre avis rendu en 1949, la Cour avait en effet énoncé que deux conditions sont nécessaires à la reconnaissance du statut de « sujet » de droit international. Il s'agit notamment de la capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux, et la capacité de se prévaloir de ces droits par voie de réclamation internationale grâce au *locus standi* devant les instances internationales²⁰. Les EMNs en effet ne sont pas les destinataires des normes internationales, elles ne peuvent pas exercer leurs droits au niveau international et encore moins être soumises à des obligations internationales qui sont souvent destinées aux acteurs étatiques ou privés. De plus, elles ne peuvent pas saisir les juridictions internationales pour se prévaloir de leurs droits dans la mesure où les traités instituant ces tribunaux offrent un droit d'accès aux États ou aux individus²¹.

Toutefois cet argument peut être remis en cause puisque les EMNs peuvent être également titulaires de droits et de devoirs, et qu'elles peuvent se prévaloir de ceux-ci par voie de réclamation internationale en entreprenant des recours directs à l'encontre des États devant les tribunaux arbitraux à caractère international pour régler les différends en matière d'investissement²².

Une seconde école propose donc d'ajouter, aux conditions énoncées par la CIJ, trois autres exigences qui permettraient de différencier un sujet de droit international et un sujet

¹⁹ Dans ce sens, Chokri BEN DAOUED, *Les perspectives de réglementation des activités des sociétés transnationales en l'absence d'un consensus sur la question de leur personnalité juridique internationale: l'exemple des compagnies privées de sécurité*, Mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université du Québec à Montréal, 2008, p. 19-23.

²⁰ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 179.

²¹ La Cour Internationale de justice par exemple est un organe judiciaire qui tranche les litiges opposant les États au sujet des litiges les opposant, voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 no 7 à l'art.92. Tandis que la Cour Pénale Internationale a vocation à juger les individus, voir *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U.3 à l'art. 25.

²² Patrick DUMBERRY, « L'entreprise sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », (2004) 1 *Revue Générale de Droit International Public* 105.

de droit interne²³. Au rang de celles-ci figurent la capacité de conclure des traités, la capacité d'établir des relations diplomatiques, et celle de participer aux mécanismes généraux de la responsabilité internationale. Or dans la pratique, les EMNs ne participent pas au jeu des relations internationales, puisque, n'ayant pas de territoire ni de gouvernement, elles ne peuvent par exemple envoyer des représentants diplomatiques participer à la vie internationale. Elles ne peuvent non plus conclure des traités, bien que les accords qu'elles passent avec les États aient une force juridique, et enfin elles ne peuvent voir leur responsabilité internationale engagée puisque cette théorie ne s'applique qu'aux États²⁴. Finalement une troisième école de pensée aux penchants plus idéologiques, s'oppose à la reconnaissance d'une personnalité juridique internationale aux EMNs, cette reconnaissance pourrait officialiser la domination économique de ces dernières dans la sphère internationale²⁵. Cette sorte de légitimation pourrait par conséquent nuire principalement aux intérêts des pays en voie de développement, puisque les EMNs représenteraient les intérêts des pays riches et, de façon plus large, elle pourrait fragiliser la stabilité des relations internationales. L'idéologie libérale qui prône les valeurs et les grands principes comme les libertés ou l'égalité des individus pourrait ainsi être mise à mal par ces nouveaux acteurs²⁶.

Cependant, l'opposition à la reconnaissance d'une personnalité juridique aux entreprises multinationales dans l'arène du droit international peut être réfutée. Dans l'avis consultatif de la CIJ précité par exemple, la Cour avait en effet admis que dans un système juridique, les sujets de droit ne sont pas forcément identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits²⁷. Qui plus est, les EMNs pourraient avoir un statut juridique international, dans la mesure où la soumission volontaire des EMNs aux codes de conduite contribue à « l'émergence d'une norme coutumière internationale dans le sens de la

²³ JEAN COMBACAU et SERGE SÛR, *Droit International Public*, 3^{ème} éd., Paris, Montchrestien, p. 312-315, dans le même sens, Christian DOMINICIÉ, « L'accord de siège conclu par le comité international de la Croix-Rouge avec la Suisse », (1995) 99 *Revue Générale de Droit International Public* 5, 18-20.

²⁴ Olivier DE SCHUTTER, « Le contrôle du respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales : le rôle de l'État d'origine », dans MARIE-ANGE MOREAU, HORATIA MUIR WATT, et PIERRE RODIÈRE (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2010, p. 107, à la page 130.

²⁵ Patrick DUMBERRY, préc., note 22, p. 110

²⁶ Georges ABI SAAB, « The International Law of Multinationals Corporations: A critique of American Legal Doctrines », (1971) 2 *Annales d'Études Internationales* 97, 121 et 122.

²⁷ CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, préc., note 20.

reconnaissance d'une certaine personnalité juridique internationale à l'entreprise en droit international.»²⁸.

Toutefois, ces arguments sont loin de faire l'unanimité, et les réticences restent justifiées par le fait que les EMNs n'ont pas l'aptitude de participer à la formation et à la conception formelle des normes internationales, ni de modifier les règles de l'ordre juridique international au même titre que les États, qui restent ainsi les premiers sujets de droit international²⁹. Même si elles participent informellement à l'élaboration de certaines normes non contraignantes, telles que les codes de conduite, elles ne restent que des destinataires indirectes, puisque la mise en œuvre de ces normes passe en principe par le biais des États.

Il faut alors trouver une ébauche de réponse à cette problématique dans la thèse avancée par Patrick Dumberry, qui résume bien le contenu et les limites de la question de la personnalité juridique. Le débat reposerait selon lui sur un malentendu lié à l'étendue et à la forme de la personnalité à attribuer aux EMNs³⁰. Il serait possible de déduire que les entreprises multinationales sont des sujets passifs de droit international, sinon, des sujets mineurs, puisque, leurs droits et obligations proviennent d'un instrument juridique et non pas du droit international public. On peut également affirmer que les EMNs sont dotées d'une personnalité juridique *dérivée* puisque leurs droits découlent de la seule volonté des États qui l'expriment dans un instrument légal, et d'une personnalité *relative* car la reconnaissance de leur statut n'a d'effet que pour les parties engagées avec elles dans les relations d'affaires ou commerciales³¹. Finalement les EMNs possèdent une personnalité *fonctionnelle* puisque leur personnalité juridique se résume aux droits et obligations contenus dans l'instrument juridique qui crée le rapport économique, et *limitée* puisqu'elles ont quand même la possibilité d'entreprendre certains recours contre l'État dans la sphère du droit international des investissements³². Le débat doctrinal reste donc inachevé *in fine* et les discussions amorcées sur la question n'ont toujours pas contribué à dessiner les

²⁸ Patrick DUMBERRY, préc., note 25.

²⁹ PATRIZIO MERCIARI, *Les Entreprises Multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 200.

³⁰ Patrick DUMBERRY, préc., note 28, L'auteur a réalisé une étude comparative du droit international et du droit des investissements.

³¹ *Id.*, p. 118.

³² *Id.*, p. 115-119.

contours de la responsabilité de ces acteurs, pourtant influents dans l'ordre juridique international, qui ont un rôle à jouer dans la réparation des victimes de leurs activités³³. Il en découle ainsi un problème de reconnaissance de la responsabilité des acteurs qui n'ont pas un statut juridique et qui évoluent sur la scène internationale pour le cas d'atteintes aux droits humains.

Les entreprises multinationales et les droits humains

Tel que développé précédemment, les États ne sont plus les seuls acteurs à interagir sur la scène internationale et il s'avère que l'État n'a plus désormais le monopole en matière de protection ou de violation des droits humains. La capacité des acteurs économiques, dont les EMNs, à porter atteinte aux droits humains n'est plus à démontrer : vivement critiquées ces dernières années par l'opinion publique à cause des multiples scandales qui les associent à des violations graves des droits humains dans le monde³⁴, le spectre de leur implication dans les atteintes aux droits humains ne cesse de s'élargir³⁵. Il se produit alors une sorte de tension, voire un antagonisme entre l'économie et le respect des droits humains. La question des EMNs et des droits humains n'est d'ailleurs que l'émanation d'un malaise beaucoup plus profond qui découle de la crise majeure que subit la gouvernance contemporaine³⁶. Un large fossé s'est créé entre l'impact des acteurs économiques et la capacité de la société à gérer les conséquences des activités de ces derniers³⁷. Faisant état de cette situation, Anyssa Bellal affirme d'ailleurs à cet effet que :

« Le droit international est ainsi appelé à adresser le problème de la pluralité d'acteurs et des interactions sociales caractérisant les relations internationales contemporaines. Si les violations des droits humains commises par les acteurs non étatiques à l'intérieur d'un pays ont pu être sanctionnées par les régimes conventionnels, on peine encore aujourd'hui à admettre la responsabilité «directe» de ces acteurs au niveau international, et notamment la responsabilité des entreprises multinationales »³⁸.

³³ Chokri BEN DAOUED, préc., note 19, p. 22.

³⁴ Les scandales touchent autant le domaine écologique, que celui du secteur agroalimentaire, de la santé, ou des conditions de travail et du travail des enfants. Pour un aperçu sommaire des récentes affaires impliquant les EMNs devant les tribunaux voir le Chapitre 2 qui présente un ensemble de cas pratiques à ce sujet, p. 50 et suiv.

³⁵ JOHN GERARD RUGGIE, préc., note 14, p. 34.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*, p. xxiii.

³⁸ ANYSSA BELLAL, préc., note 2, p. 28.

Dans cette posture, les victimes semblent donc engagées dans une sorte de combat asymétrique dans lequel elles s'opposent aux EMNs à qui il semble difficile de pouvoir imposer des obligations légales sur le plan international en matière de respect des droits fondamentaux. Malgré le fait que la prise en compte des règles de droit international sur les droits humains demeure marginale, les efforts pour effacer les divergences émergeant des rapports entre l'économie et le respect des droits humains se multiplient. Une longue démarche visant à faire disparaître les dichotomies mises en lumière dans les rapports entre les entreprises multinationales et les individus a été entreprise³⁹. Néanmoins si à l'heure actuelle aucun consensus n'a pu être trouvé pour permettre aux victimes des violations des droits humains de pouvoir poursuivre les EMNs, il faut reconnaître que les préoccupations visant à encadrer la responsabilité ne datent pas d'hier. De nombreuses initiatives entreprises aux niveaux international et multilatéral confortent l'hypothèse selon laquelle le respect et la protection des droits humains restent bien inscrits à l'agenda international⁴⁰. La réalisation la plus aboutie sur le sujet est contenue dans les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* (ci-après Principes directeurs) adoptés en 2011 et qui sont sous-tendus par une démarche pragmatique⁴¹. Le cadre de référence adopté repose sur trois piliers : le premier concerne l'obligation qui incombe à l'État de protéger les droits humains, en prenant des mesures adéquates pour l'exercice des recours par les victimes en cas de violation; le second pilier quant à lui a trait à la responsabilité incombant aux entreprises qui doivent assurer le respect des droits humains par le canal de la diligence raisonnable, et finalement, le dernier pilier fait état de la nécessité de permettre un accès plus effectif à des mesures et à des réparations, aussi bien au niveau judiciaire que non judiciaire⁴². Chacun des piliers est un élément essentiel constituant un système interdépendant et dynamique pour la mise en œuvre des mesures de prévention et de réparation. Le pilier sur la réparation, qui fera principalement l'objet de notre étude, occupe toutefois une place prépondérante puisque, selon les propos du représentant spécial, malgré

³⁹ Les différentes étapes de l'encadrement de la responsabilité des EMNs sur le plan international sont abordées à la section 2 du chapitre 1, *infra*, p. 34-40.

⁴⁰ JOHN GERARD RUGGIE, *préc.*, note 35, p. 170 et suiv.

⁴¹ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Résolution A/HRC/RES/17/4 du 16 juin 2011, [Ci-après « *Principes directeurs ONU* »].

⁴² *Id.*, p. 31.

les efforts les plus concertés il restera difficile de prévenir et d'empêcher de façon absolue toutes les pratiques abusives par les EMNs⁴³.

Le droit à réparation peut être envisagé de différentes façons en droit international et afin de bien cerner l'objet de ce mémoire, il est donc important de procéder ici à la clarification terminologique des concepts qui meubleront cette étude. De façon générale, la réparation vise ainsi à rétablir une situation affectée par une action, considérée comme illicite, à restaurer les droits violés⁴⁴. Étymologiquement, le terme réparation dérive du mot latin *reparatio*, qui traduit l'idée de remettre en état⁴⁵. Le principe attaché au droit à la réparation est que celle-ci doit couvrir tout le dommage et uniquement le dommage, sans appauvrir la victime, ni enrichir celle-ci. Le concept a comme caractéristique intrinsèque d'être lié à la notion de la responsabilité⁴⁶; mais certains auteurs ont souvent relevé son caractère flou et confus sur le plan doctrinal, tant il est vrai que la notion de réparation auprès des victimes est subjective, et comprend plusieurs besoins particuliers⁴⁷. De fait, la réparation qui peut viser à compenser les conséquences d'une violation, peut aussi consister en une restitution intégrale visant à rétablir une situation antérieure, ou à favoriser l'harmonie sociale par l'atténuation d'un préjudice moral⁴⁸. Envisagée à l'aune de la promotion et de la protection des droits humains, la réparation consiste donc pour les

⁴³ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, John Ruggie, Doc.N.U. A/HRC/17/31, 17^{ème} sess., (21 mars 2011), para. 6, p. 4, en ligne <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-principes-directeurs-21-mars-2011.pdf> > (site consulté le 10 janvier 2014).

⁴⁴ Pierre-Mary DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des États », (1984) 188 *R.C.A.D.I.*, 1, 94. Il faut noter que les termes « restauration », « remedy » ou « redress » peuvent aussi être employés indifféremment par la doctrine.

⁴⁵ André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 789.

⁴⁶ Voir Sophie RONDEAU qui affirme que la notion juridique de réparation constitue la fonction principale que joue la responsabilité civile, dans *Violations du droit international humanitaire et réparation: la place de la victime individuelle*, Mémoire, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Québec à Montréal, 2008, p. 8 et 9.

⁴⁷ F. V. GARCIA AMADOR, *Responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers: la réparation du dommage*, sixième rapport, Annuaire de la Commission de droit international, vol.2, A/CN.4/134 Add. 1, 26 janvier 1961, p.2 et 9. Voir également Julie VINCENT, « Le droit à réparation des victimes en droit pénal international: utopie ou réalité? », (2010) 44 *Revue juridique Thémis* 79, 104.

⁴⁸ Karine BONNEAU, « Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme : le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme », (2007) 8 *Revue Droits Fondamentaux* 1, 4-6.

victimes à rechercher les compensations prévues par un système juridique lorsque la conduite des EMNs n'est pas conforme aux normes établies par celui-ci⁴⁹.

Le troisième pilier des *Principes directeurs* appréhende la notion de réparation, qui est intimement liée au recours, comme la mise en place ou l'existence de *procédures* qui visent à fournir un recours pour remédier à une incidence négative sur les droits de l'homme et dont *l'issue* peut contrebalancer, ou rendre positive lesdites atteintes⁵⁰. La réparation peut ainsi prendre un éventail de formes, en l'occurrence des excuses, la restitution, la réhabilitation, ou la compensation financière⁵¹. Le droit à réparation peut donc être appréhendé comme l'obligation de répondre et de corriger tout acte ou omission contraires au droit international des droits humains et qui a pour conséquence d'engager la responsabilité civile ou pénale de son auteur. Les nombreuses affaires intentées en responsabilité civile contre les EMNs laissent percevoir que les victimes sont à la recherche de réparations matérielles et substantielles pour les atteintes subies dans le cadre des activités des EMNs. Dans le cadre de notre étude, nous suggérons que le droit à réparation consiste pour les victimes à exercer le droit au recours en vue d'obtenir des indemnités pécuniaires ou matérielles pour les violations des droits humains commises par les EMNs.

Concernant les violations de droits humains, l'impact des activités des EMNs produit un effet décloisonné et concurrent, direct ou indirect sur l'ensemble de ceux-ci⁵². De fait, alors que le droit à la santé ou le droit à l'eau peut être affecté par les EMNs dans l'exercice de leurs activités, autant le droit à la liberté d'expression, ou à la liberté d'association peut également être violé chez les personnes employées par les EMNs. Les *Principes directeurs* précisent d'ailleurs que les EMNs peuvent causer des incidences négatives, en posant notamment des actions susceptibles de supprimer ou de réduire la capacité des individus à jouir de leurs droits dans trois cas d'espèce. En premier lieu, elles peuvent causer une incidence négative à travers leurs propres activités ; en second lieu, elles peuvent y contribuer à travers leurs propres activités, mais par le biais d'une entité

⁴⁹ PIERRE ANDRÉ BISSONNETTE, *La satisfaction comme mode de réparation*, Annemasse, Genève, Université de Genève, 1952, p. 3.

⁵⁰ HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME (HCDH), *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Guide interprétatif*, HR/PUB/12/02, 2012, p. 8, en ligne: <http://www.ohchr.org/documents/publications/hr_pub_12_2_fr.pdf> (Site consulté le 14 février 2014).

⁵¹ *Id.*

⁵² Liberti LAHRA, « Introduction : Quelle place pour la responsabilité des entreprises en droit international », (2005) 7 *Int'l L.F. D. Int'l.* 235.

externe; et finalement, elles peuvent être impliquées parce que l'incidence est causée par une entité avec laquelle elles entretiennent une relation commerciale qui est liée à ses propres activités, produits ou services⁵³. Partant du postulat de l'indivisibilité des droits humains et de la nécessaire égalité dans l'encadrement qui doit leur être dédié, le champ des violations des droits humains abordées dans le cadre de ce mémoire couvrira à la fois les droits civils et politiques, économiques et sociaux. Un accent particulier sera toutefois mis sur le contentieux relevant du droit du travail au regard des complexités découlant de la mise en œuvre du droit à réparation dans le cadre des relations impliquant les entreprises dans les chaînes de production, notamment dans les rapports avec les fournisseurs, mais également les sous-traitants.

Finalement, cette analyse se concentre sur les victimes dont le statut peut être appréhendé de façon variée dans les régimes juridiques⁵⁴. Si aucune définition de la notion n'est prévue dans les *Principes directeurs* de 2011, il est néanmoins possible de trouver des pistes pour expliquer le concept. La victime peut être définie comme étant : « Celui qui subit personnellement un préjudice, par opposition à celui qui le cause »⁵⁵. Elle peut aussi être considérée comme toute personne ayant subi directement ou indirectement un préjudice ou un dommage physique, matériel, résultant d'actes fautifs et dommageables qui peuvent aboutir à la réparation par une action civile⁵⁶. Dans le cadre de l'étude, nous abordons la notion au sens large en englobant aussi bien les victimes individuelles que les victimes collectives (dans le cas des atteintes à l'environnement ou des catastrophes industrielles par exemple), directes ou indirectes (membres de la famille ou les personnes à charge)⁵⁷. Ce mémoire est ainsi sous-tendu par une démarche anthropocentrique,

⁵³ HCDH, *Guide interprétatif*, préc., note 50, p. 17.

⁵⁴ Notamment le droit humanitaire, le droit pénal international, le droit international public général, le droit international privé ou les différents droits internes.

⁵⁵ GÉRARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2014, p. 1071.

⁵⁶ André-Jean ARNAUD, préc., note 45, p. 641. La notion de victime est également abordée sous le même angle dans la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir* approuvée en 1985 par l'Assemblée générale des Nations Unies (A/RES/40/34), et dans les *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, entérinés par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2005 (Rés. AG 60/147).

⁵⁷ Des défis peuvent se présenter en termes d'identification des représentants légitimes des victimes, au regard des restrictions de certaines juridictions qui se montrent très sélectives. Olivier Maurel relève à cet égard qu'un traitement spécifique devrait être accordé à la question puisque les *principes directeurs* n'apportent guère d'éclairages, Olivier MAUREL, « Commentaires sur les Guiding principles for the implementation of

puisqu'il met en exergue les besoins des victimes dans un domaine où la plupart des études portent surtout sur le premier et le deuxième pilier qui soutiennent le cadre des relations entre l'économie et les droits humains.

Les entreprises multinationales et le droit à réparation : la question de recherche du mémoire

Il est clairement établi que le droit à réparation existe pour les victimes de violation des droits humains par les EMNs, et les *Principes directeurs* énoncent à cet égard que : « Lorsque les entreprises déterminent qu'elles ont eu des incidences négatives, ou y ont contribué, elles devraient prévoir des mesures de réparation ou collaborer [avec les États] à leur mise en œuvre suivant des procédures légitimes »⁵⁸. À cette fin, les États et les EMNs doivent prendre des mesures judiciaires et non judiciaires appropriées pour assurer les réparations aux victimes⁵⁹. La question centrale à laquelle le présent travail se propose donc de répondre est celle de savoir comment peut être mis en œuvre le droit à réparation alors que la notion de responsabilité des EMNs, à laquelle se rattache directement le droit à réparation, ne bénéficie pas d'un encadrement juridique contraignant en droit international. Autrement dit, nous chercherons à appréhender les fondements possibles d'un droit à réparation et à circonscrire sa portée dans le contentieux de violations des droits humains par les EMNs, particulièrement dans les litiges portant sur les atteintes aux droits du travail face à la multiplication des affaires touchant la matière et portées devant les tribunaux ces dernières années. Ce faisant, nous soulignons les limitations intrinsèques qui découlent de la mise en œuvre séculière dudit droit et nous explorons les voies alternatives susceptibles

the United Nations « Protect, Respect & Remedy » framework », 2011, p. 13, en ligne : <<http://business-humanrights.org/fr/commentaires-par-olivier-maurel-r%C3%A9alis%C3%A9s-pour-l%E2%80%99association-francophone-des-commissions-des-droits-de-l%E2%80%99homme-sur-le-projet-de-lonu-des-principes-directeurs-sur-les-entreprises-les#c56843>> (Site consulté le 5 juin 2014).

⁵⁸ *Principes directeurs ONU*, Principe 22.

⁵⁹ Un souci de concision explique que nous restreignons le champ de recherche principalement au niveau des mécanismes judiciaires relevant de l'État. Les mécanismes de la *soft law* tel que les points de contacts nationaux ou les bureaux des ombudsmans et des médiateurs ont constitué le sujet d'abondantes études ces dernières années (voir l'étude réalisée à ce propos par la Fédération Internationale de ligues des Droits de l'Homme (FIDH), *Entreprises et violations des droits de l'homme: Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG - Section III Mécanismes de médiation*, p. 369 et suiv., mars 2012, en ligne : < http://www.fidh.org/IMG/pdf/guide_entreprises_fr-sectioniii.pdf > (site consulté le 10 janvier 2014). Nous n'aborderons donc de façon sommaire la mise en œuvre du droit à réparation par une brève présentation des mécanismes non judiciaires et par une analyse de la réponse apportée par les EMNs après la catastrophe du Rana Plaza au Bangladesh. Voir la Section 2 du Chapitre 3, *infra*, p. 134 et suiv.

de permettre le règlement des différends entre les EMNs et leurs victimes directes ou indirectes.

L'intérêt d'une étude du droit à réparation se justifie à plus d'un titre. La question de la réparation des victimes se présente en effet comme un défi dans la mesure où il n'existe pas à l'heure actuelle de compétence civile universelle qui doterait les tribunaux de la capacité de trancher les litiges impliquant les EMNs pour attribuer des indemnités pécuniaires aux victimes de violations des droits humains, sans appliquer les critères de rattachement procéduraux classiques pour justifier leur compétence⁶⁰. La compétence universelle a en effet pour objectif de lutter contre l'impunité en octroyant aux juges la capacité de réprimer les infractions graves de droit international, sans utiliser les règles de compétence territoriale (qui subordonne la poursuite à la localisation de l'infraction sur le territoire étatique) ou de compétence personnelle (qui subordonne la compétence au critère de nationalité de l'auteur de l'infraction) et de la compétence réelle (en subordonnant les poursuites uniquement aux situations portant atteinte à un intérêt fondamental de l'État)⁶¹. Il sera donc intéressant de mener cette recherche pour mettre en lumière les procédures qui se développent pour répondre à cette problématique, dans un contexte de mondialisation où les rapports entre le droit international et le droit interne sont modifiés. Les frontières entre les ordres juridiques ne sont plus aussi étanches, et plusieurs situations comportant de nombreux éléments d'extranéité font parfois coexister les droits nationaux, le droit international ou le droit communautaire. Il apparaît en effet que les rapports fonctionnels sont traversés par « l'évidente compénétration croissante des deux univers », aussi bien par les rapports conceptuels, que « par un brouillage croissant de la ligne de séparation entre affaires extérieures et affaires intérieures »⁶².

⁶⁰ La compétence universelle est principalement consacrée en droit pénal international. Elle désigne la capacité reconnue à chaque État pour réprimer les infractions commises par des particuliers en dehors de son territoire alors que ni la victime ni le criminel ne sont ses ressortissants, GÉRARD CORNU, préc., note 55, p. 1052.

⁶¹ Hervé ASCENSIO, « L'extraterritorialité comme instrument », Contribution aux travaux du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et entreprises transnationales et autres entreprises, 2010, p. 3, en ligne : <http://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/1_2PESP_2_Etude_lextraterritorialite_comme_instrumentx_cl_e84485e.pdf> (Site consulté le 3 juin 2014). Sur la question de la compétence universelle voir Vincent ZAKANE, « La compétence universelle des États dans le droit international contemporain », (2000) 8 *African Yearbook of International Law* 191.

⁶² JEAN BERNARD AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 133.

La pertinence de notre recherche réside alors dans l'adoption d'une démarche analytique des pratiques judiciaires nationales de quelques États choisis, notamment les juridictions américaines, canadiennes, néerlandaises et anglaises, en vue de faire ressortir les avancées, et parfois les reculs dans l'élaboration du droit à réparation dans le contentieux des violations des droits humains impliquant les EMNs. Cette délimitation territoriale se justifie par la nécessité de focaliser principalement notre analyse des affaires tranchées par les tribunaux des pays devant lesquels les litiges liés au contentieux avec les entreprises ont été florissants ces dernières années⁶³.

L'objet de l'étude étant d'examiner la nature et la portée du droit à réparation dans le cadre de la responsabilité civile transnationale, nous élarguerons donc dans cette analyse tous les aspects de la réparation liés à la responsabilité pénale. Cette restriction se justifie d'abord du fait de l'absence d'une réglementation spécifiquement destinée à la responsabilité pénale des EMNs. Malgré les évolutions récentes accordées au statut des victimes en droit pénal international, l'état actuel de ce droit ne permet pas encore la poursuite des personnes morales. En effet les négociations ayant eu lieu lors de la rédaction du statut de Rome⁶⁴ et visant à doter à la Cour Pénale Internationale de la compétence pour juger les personnes morales n'ont pas abouti. De plus, les initiatives nationales visant à contourner l'impunité des entreprises grâce à une législation pour réprimer les violations ou les cas de complicités de violations des droits humains au plan universel n'ont pas connu

⁶³ Nous n'aborderons pas spécifiquement le sujet sous l'angle des violations graves de droit humain commises par les EMNs dans les États fragiles ou dans les États en conflits. Cette thématique qui rattache davantage au droit international humanitaire soulève une tout autre problématique qui ne peut se traiter dans un cadre aussi restreint que ce mémoire.

⁶⁴ ONU, *Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une CPI*, Doc. A/Conf.183/C.1/WGPP/L.5/Rev.2, 17 juillet 1998, p. 258. La proposition s'énonçait en ces termes : « Par 5. Sans préjudice de la responsabilité pénale individuelle de personnes physiques en application du présent Statut, la Cour peut également avoir compétence à l'égard d'une personne morale à raison d'un crime visé par le présent Statut. [...] Aux fins du présent Statut, l'expression "personne morale" s'entend d'une entité juridique dont l'objectif concret, réel ou dominant consiste dans la recherche de profits ou avantages privés, et non d'un État ou d'un autre organe public dans l'exercice de l'autorité étatique, ni d'un organe public international ou d'une organisation enregistrée, et agissant conformément à la législation nationale d'un État en tant qu'organisation à but non lucratif. 6. La procédure applicable à une personne morale en vertu du présent article est celle prévue par le présent Statut et par le Règlement de procédure et de preuve correspondant. Le Procureur peut porter des charges contre les personnes physiques et les personnes morales prises conjointement ou séparément. La personne physique et la personne morale peuvent être jugées ensemble. Si elle est déclarée coupable, la personne morale peut encourir les peines visées à l'article 76. ». L'article 25 du Statut de Rome finalement adopté énonce prévoit clairement que : « La Cour est compétente à l'égard des personnes physiques en vertu du présent Statut. ». *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U.3 à l'art. 25.

de suites favorables. À cet égard, on peut souligner l'abrogation du 5 août 2003 de la loi belge sur la compétence universelle promulguée le 16 juin 1993⁶⁵, qui a débouché sur une loi sur une compétence universelle limitée, suite aux nombreux incidents politiques qu'elle a suscités. Nous nous concentrerons donc uniquement pour ce travail sur la mise en œuvre du droit à réparation dans le cadre du contentieux au niveau des juridictions civiles et au niveau des entreprises. En vue de cerner de façon idoine la préoccupation centrale qui anime la présente étude, nous avons privilégié une division tripartite.

Dans un premier temps, nous mettrons en exergue l'é étroitesse des fondements du droit à réparation au niveau international malgré les évolutions normatives protégeant les droits humains (**Chapitre 1**). L'analyse nous conduira ensuite à démontrer que la réponse américaine aux violations des droits humains par les EMNs quoique la plus souvent invoquée en la matière, demeure fragile au regard de la relative portée de l'*Alien Tort Claim Act* (ci-après «ATCA»)⁶⁶, loi phare sur ce sujet (**Chapitre 2**). Le troisième chapitre nous permettra enfin de démontrer que l'encadrement du droit à réparation actuel peut être perfectible grâce à l'émergence de certains principes tels que la diligence raisonnable, dans le cadre du contentieux devant les juridictions nationales et par le développement des autres modes alternatifs de règlement des différends. Nous adopterons ici une approche innovante en illustrant nos propos par le processus ayant mené à la mise en œuvre du droit à réparation pour les victimes de la tragédie du complexe du *Rana Plaza*, récemment survenue dans le secteur textile au Bangladesh (**Chapitre 3**).

⁶⁵ Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves en droit international humanitaire, en ligne : <<http://competenceuniverselle.files.wordpress.com/2011/07/loi-du-5-aout-2003-texte-de-loi.pdf>> Site consulté le 28 janvier 2014).

⁶⁶ *Alien Tort Claim Act*, 28 U.S.C. § 1350, 1789. La loi est aussi connue comme l'*Alien Tort Statut* (ATS).

CHAPITRE 1 : L'ÉTROITESSE DES FONDEMENTS DU DROIT À RÉPARATION EN DROIT INTERNATIONAL

Le droit à réparation en droit international a traditionnellement pour garant principal les États qui en sont les acteurs principaux sur la scène internationale. En tant que sujets originaires du droit international⁶⁷, les États restent les titulaires et les destinataires primaires des droits et obligations internationales, en l'occurrence de l'exercice du droit à réparation. Longtemps considéré comme sujet passif de droit international, l'individu ne pouvait pas avoir accès à la sphère internationale. Il était d'ailleurs admis que ce qui se passait dans un État relevait uniquement de la juridiction intérieure⁶⁸ de celui-ci et se situait donc hors du champ d'application du droit international, ce dernier ne s'adressant à l'époque qu'aux relations interétatiques, ainsi qu'aux questions de privilèges et immunités⁶⁹. Appréhender les fondements du droit à réparation exige que nous analysions les sources originelles de la construction de ce droit dans les relations entre les États (Section I). Nous démontrerons ensuite que les évolutions récentes qui découlent de la présence et de l'impact des entreprises multinationales n'offrent pas une base si solide pour garantir la mise en œuvre du droit à la réparation pour les victimes de violations de droits humains (Section II).

Section I Les fondements généraux du droit à réparation dans le contentieux international

Le droit à réparation s'est d'abord développé dans le cadre du contentieux opposant les États entre eux (§1). Cependant il serait insuffisant d'analyser les bases du droit à réparation par le seul truchement des relations interétatiques. Il importe de tenir compte ici des évolutions normatives en droit international qui ont abouti à la mise en place d'un cadre

⁶⁷ KARIM BENYEKHLEF, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2008, p. 592.

⁶⁸ Sauf quelques exceptions notamment, les obligations minimales relatives au statut des étrangers, la traite des esclaves qui fut abolie avant la création de l'ONU, les droits des blessés et prisonniers de guerre, (traités de 1864, 1907, 1929) le droit des minorités, voir Dennis J. DRISCOLL, « La place grandissante des Droits de l'homme dans le droit international », dans WALTER LAQUEUR et BARRY RUBIN, *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Nouveaux-horizons, 1989, p. 56, à la page 57 et 58.

⁶⁹ *Id.*

spécifique pour la protection des individus dans l'ordre juridique international, posant les jalons d'un droit à réparation pour les victimes de violations des droits humains (§2).

Paragraphe 1 Les assises juridiques du droit à réparation incombant aux acteurs étatiques dans le contentieux interétatique

La formation du droit à réparation s'est premièrement matérialisée dans le cadre général de la responsabilité internationale de l'État. Sans toutefois procéder à une analyse étoffée ici de la théorie, nous analyserons succinctement dans quelle mesure le mécanisme de la protection diplomatique a permis la mise en œuvre du droit à réparation par le jeu indirect de la responsabilité internationale de l'État au préjudice médiat⁷⁰ (1). Dans une seconde articulation, nous confronterons le droit à réparation à l'épreuve de la responsabilité internationale de l'État avant d'examiner la mise en œuvre du droit à réparation dans les affaires impliquant la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites (2).

1. La consécration du droit à réparation par le biais de la protection diplomatique

La protection diplomatique est la première émanation institutionnalisée de la mise en œuvre du droit à réparation. Il s'agit d'une fiction juridique par laquelle l'État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux, que ce soit une personne physique ou morale, qui a subi dans un État étranger la violation d'une obligation internationale⁷¹. À une époque où « la subjectivité juridique des victimes »⁷² était encore déconsidérée, la protection diplomatique permettait à l'État de l'individu dont les droits avaient été lésés d'endosser le différend, qui

⁷⁰ Le préjudice est dit médiat lorsque la victime est un sujet interne de l'État demandant la réparation.

⁷¹ Le projet d'article de la commission du droit international des Nations Unies, à sa 58^{ème} session en 2006, a d'ailleurs défini la protection diplomatique comme l'invocation par un État, par le biais de l'action diplomatique ou d'autres moyens de règlement pacifique (la négociation, les bons offices, la médiation, conciliation, ou l'arbitrage), de la responsabilité d'un autre État pour un préjudice résultant d'un fait internationalement illicite causé à l'encontre de son ressortissant. L'Institut de droit international a d'ailleurs codifié la protection diplomatique à travers un texte portant sur la *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, Session de Lausanne, 1927, en ligne < http://www.idi-ii.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf > (site consulté le 6 février 2014).

⁷² Pierre D'ARGENT, « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », (2005) 51 *Annuaire français de droit international* 27, 28.

à la base opposait l'individu à l'État, pour en faire un différend international⁷³. Quatre conditions doivent ainsi être remplies au préalable pour la mise en œuvre de la protection diplomatique. Premièrement, l'étranger lésé doit avoir la nationalité de l'État qui exerce la protection diplomatique et la nationalité doit être conforme aux exigences du droit international. Le lien de rattachement doit ainsi être effectif entre l'individu et l'État au moment de la réclamation internationale par l'État⁷⁴. La deuxième condition est relative à celle des mains propres⁷⁵, qui suppose que la personne étrangère à protéger doit avoir eu une conduite correcte envers l'État hôte, autrement dit une conduite qui n'est pas susceptible d'être blâmable. Cette condition est le critère qui donne la légitimité à la réclamation internationale de l'État de nationalité du ressortissant⁷⁶. La troisième condition est l'épuisement des voies de recours internes, qui oblige la victime du préjudice à tenter préalablement des actions devant les tribunaux et/ou les autorités administratives de l'État de résidence, pour avoir la possibilité de réparer le préjudice au niveau interne. Finalement, pour activer le mécanisme, il faut qu'une violation du droit international ait eu lieu, en l'occurrence une expropriation sans indemnisation, une privation arbitraire de liberté, ou un comportement contraire aux obligations internationales de l'État de résidence. Les réparations de nature indemnitaires ou des excuses officielles étaient donc ainsi souvent octroyées à l'État à l'issue des négociations diplomatiques ou des procédures devant les tribunaux arbitraux⁷⁷.

⁷³ L'étranger lésé n'était donc pas à proprement parler considéré comme possédant des droits individuels distincts de ceux de l'État de nationalité. La Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) a d'ailleurs admis dans l'affaire des *concessions Mavrommatis* en Palestine qu'« en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait valoir son propre droit, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants, le droit international », CPJI, Publications de la Cour permanente de Justice internationale, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1923, Série A, n° 2, p. 12.

⁷⁴ COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE (CIJ), affaire *Nottebohm*, (Liechtenstein c. Guatemala), Série A n° 2, 12; 5 avril 1955.

⁷⁵ Jean SALMON, « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales », (1964) 10 *Annuaire français de droit international* 225, 226-227.

⁷⁶ La doctrine des mains propres traduit le principe selon lequel « a party cannot seek equitable relief (...) if that party has violated an equitable principle », Bryan A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, 8th ed., Boston, West Publishing Company, 2004.

⁷⁷ DINAH SHELTON, *Remedies in international Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 1999, p. 7. Il faut d'ailleurs relever que la pratique contemporaine laisse percevoir aujourd'hui que le mécanisme de la protection diplomatique est tombé en désuétude au profit d'une justiciabilité directe des droits humains. Cherifou GASSAMA affirme dans ce sens que : « Le droit international des droits de l'Homme a mis fin au caractère exclusivement interétatique de la responsabilité en supprimant la fiction

Néanmoins, en lien avec la présente étude, le mécanisme a surtout permis de jeter les bases d'un droit à réparation sur la scène internationale dans le cadre des relations contractuelles entre les EMNs et les États d'accueil⁷⁸. Il était d'usage jusqu'au début du XX^e siècle que la plupart des contrats d'investissement soient régis par les droits nationaux en cas de litige et il était difficile de garantir l'impartialité et la neutralité par les tribunaux des États d'accueil pour trancher les litiges⁷⁹. Afin de pallier cette situation, l'entreprise étrangère partie au contrat pouvait demander l'intervention de son État national pour exercer la protection diplomatique afin que celui-ci obtienne réparation par voie d'action subrogatoire en endossant le litige contre l'État d'accueil. Toutefois, le mécanisme étant par essence totalement discrétionnaire, il subsistait une certaine insécurité concernant sa mise en œuvre par les États en faveur des EMNs. De plus, la vague d'internationalisation des contrats d'États et la multiplication des traités bilatéraux d'investissement ont eu pour conséquence d'ouvrir un accès direct aux EMNs à des recours sur la scène internationale afin de défendre directement leurs intérêts. En effet, la protection diplomatique a été délaissée au profit de l'arbitrage commercial international, notamment par le biais du Centre International pour le règlement des différends internationaux (CIRDI)⁸⁰ permettant aux EMNs de s'assurer « que le litige sera tranché par une instance arbitrale neutre appliquant un droit qui ne sera pas sous la maîtrise de l'État d'accueil.»⁸¹ Le mécanisme a depuis lors connu un franc succès et il a permis dans une certaine mesure de sécuriser les relations d'investissements⁸² en contractualisant d'une certaine façon les modalités pour l'exercice d'un droit à réparation par les EMNs dans les litiges les opposant aux États. Malheureusement, ce mouvement d'émancipation des EMNS n'a pas pris en compte les

juridique de la protection diplomatique, théoriquement acquis mais techniquement hypothétique pour les particuliers (...)», dans « Le principe de *restitutio in integrum* dans le contentieux international des droits de l'homme », (2005) 1 *Miskolc Journal of International Law* 1.

⁷⁸ Les mécanismes de résolution de conflits et de réparation *ad hoc* étaient également utilisés dans certains cas ponctuels et circonscrits dans le temps et l'espace à l'instar du Austrian Fund for Reconciliation, Peace and Cooperation qui a permis la distribution de compensations aux victimes des camps de travail nazis par la République Autrichienne, ou encore de l'Entente de redressement à l'égard des Canadiens Japonais conclue pour l'indemnisation des Japonais pour les mesures prises pendant la Seconde Guerre mondiale de 1985 en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*, voir à ce sujet Sophie RONDEAU, préc., note 46, p. 62-64.

⁷⁹ M. M. SALAH, préc., note 16, p. 179.

⁸⁰ CIRDI, *Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États*, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966).

⁸¹ Charles LEBEN, « La responsabilité internationale de l'État sur le fondement des traités de promotion et de protection des investissements », (2004) 50 *Annuaire français de droit international* 683, 684 et suiv.

⁸² KARIM BENYEKHLIF, préc., note 67, p. 353.

victimes de ces dernières en permettant qu'elles aient accès direct aux tribunaux arbitraux en cas de litiges avec les EMNs, et la mise en œuvre du droit à réparation en droit international reste davantage cantonnée au cadre de la responsabilité internationale des États.

2. L'édification d'un droit à réparation par le biais de la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite

L'obligation de réparer en droit international résulte de la transposition en droit international public du principe de droit interne de la responsabilité civile, qui implique l'existence d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. Tout préjudice ou tout fait qui cause un dommage doit avoir pour corollaire la réparation du droit violé. Dans son célèbre arrêt rendu le 13 septembre 1928, la Cour permanente de Justice Internationale (CPJI) dans l'affaire de l'*Usine de Chorwoz* consacre le droit à réparation en déclarant que :

« C'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. La réparation est donc le complément indispensable d'un manquement à l'application d'une convention, sans qu'il soit nécessaire que cela soit inscrit dans la convention même »⁸³.

L'obligation ou le devoir de réparer est donc une réponse à la violation ou à l'inexécution d'une obligation internationale⁸⁴. L'acte internationalement illicite doit avoir causé un dommage et celui-ci doit pouvoir être imputable à l'État, c'est-à-dire qu'il doit exister un lien de causalité entre l'acte dommageable et la personne agissant dans l'exercice de ses fonctions officielles⁸⁵. La Commission de droit international a ainsi élaboré un *Projet d'articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite*,

⁸³ CPJI, *Usine de Chorwoz* (série A) no 9, 26 juillet 1927, p. 21.

⁸⁴ F. V. Garcia AMADOR, préc., note 47, p. 2.

⁸⁵ *Id.*, p.4. La CPJI a aussi affirmé que : « Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'État qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis », CPJI, *Usine de Chorzów*, fond, série A, n° 17 (1928), p. 47. La conception du droit à réparation était comprise dans un sens très large puisqu'il a été admis que toute atteinte illicite à des intérêts non matériels, tels que des actes affectant l'honneur, la dignité ou le prestige d'un État, habilitait l'État victime à recevoir une réparation adéquate, quand bien même les actes reprochés n'auraient pas causé à cet État de perte pécuniaire ou matérielle. Voir également affaire *Rainbow Warrior (Nouvelle-Zélande/France)*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, XX (1990), p. 217, par. 109.

qui édicte clairement les modalités du droit à réparation⁸⁶. L'État responsable (dont tout organe, institution et fonctionnaire qui fait partie de son organisation et agit en cette qualité) est ainsi tenu de réparer intégralement le préjudice causé par un comportement consistant en une action ou une omission qui lui est attribuable en vertu du droit international, et qui constitue une violation d'une obligation internationale de l'État⁸⁷. Le droit à réparation est donc le corollaire immédiat de la responsabilité de l'État en vertu des traités en vigueur ou de toute autre règle de droit international éventuellement applicable⁸⁸. Bien que le droit de la responsabilité internationale soit dans son essence même un droit interétatique⁸⁹, la CIJ a rendu, dans l'affaire de l'édification d'un mur par Israël dans le territoire palestinien occupé, un avis qui semble entériner de façon générale l'existence d'un droit individuel à réparation⁹⁰. La Cour a affirmé dans son opinion qu'Israël avait:

« l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques ou morales concernées. [...] Au cas où une restitution s'avérerait matériellement impossible, Israël serait tenu de procéder à l'indemnisation des personnes en question pour le préjudice subi par elles. De l'avis de la Cour, Israël est également tenu d'indemniser, conformément aux règles du droit international applicables en la matière, toutes les personnes physiques ou morales qui auraient subi un préjudice matériel quelconque du fait de la construction de ce mur ».

Le droit international semble donc progressivement accorder une place aux droits des individus pour dessiner les contours d'un droit à réparation individuel ou collectif⁹¹.

À cet égard, la question s'est également posée de savoir si les principes relatifs à la responsabilité internationale de l'État pouvaient servir de base pour permettre aux victimes de violations des droits humains commises par des EMNs de poursuivre les États d'origine

⁸⁶ COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Documents officiels de l'Assemblée générale, 56^{ème} sess., A/56/10, Supplément n° 10 (2001), en ligne : <http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> (Site consulté le 20 février 2014, [Ci-après projet d'articles].

⁸⁷ *Id.*, article 2, article 31.

⁸⁸ CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, Recueil 1980, p. 3. Concernant les formes prescrites de la réparation, dans le cadre des litiges interétatiques, la réparation intégrale du préjudice peut se matérialiser de diverses manières, notamment par la restitution, l'indemnisation, la satisfaction, les excuses publiques, *Projet d'articles*, articles 34-37.

⁸⁹ ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU (AGNU), Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53^e session (2001), A/56/10, commentaire de l'article 28, p. 231

⁹⁰ CIJ, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004, p. 198, § 152.

⁹¹ Pierre D'ARGENT, préc., note 72, p. 44.

de ces entreprises⁹². Autrement dit, est-il envisageable que la responsabilité d'un État d'origine d'une EMN qui viole les droits fondamentaux à l'étranger puisse être engagée? Pour vérifier cette hypothèse, il est impératif que la conduite reprochée constitue une violation avérée d'une obligation internationale. De plus le projet d'articles énonce quatre conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité internationale. Tout d'abord, l'EMN en cause doit avoir agi par habilitation de l'État, ou encore, qu'en raison de l'absence ou de la défaillance des autorités officielles, elle ait exercé les prérogatives de la puissance publique⁹³. Il faut ensuite que le comportement fautif découle des recommandations étatiques ou qu'il soit pratiqué sous le contrôle étatique⁹⁴. Enfin, il faudrait que l'État s'approprie la conduite de l'entreprise en reconnaissant ou adoptant le comportement répréhensible comme étant le sien⁹⁵. Or, dans les faits, les EMNs exercent souvent de façon indépendante et se contentent d'avoir un siège ou une maison mère dans l'État d'origine. Dans ces conditions, il est difficile d'imputer à l'État d'origine les violations de l'entreprise, qui agit en tant qu'entité privée⁹⁶, et c'est d'ailleurs en raison de cette carence que certains auteurs soutiennent « à tout le moins dans une perspective de *lege ferenda* que l'État du siège de l'entreprise a une obligation de « due diligence » de prévenir et de sanctionner les violations des droits de l'homme commises par « ses » entreprises à l'étranger »⁹⁷. Cette hypothèse liant l'État d'origine et les EMNs ne bénéficie toutefois pas d'une base juridique probante et reste dans une certaine mesure cantonnée au rang de simples vœux pieux, sans force véritable. En effet, sans la volonté concrète de la part des États il reste difficile d'envisager que cette thèse se vérifie afin que le mécanisme de responsabilité internationale offre une voie de réparation concrète aux victimes de violations des droits humains par les EMNs.

Il apparaît clairement au terme de ce bref survol que les fondements du droit à réparation en droit international ont principalement pour cadre le contentieux interétatique et que les États restent les acteurs et les destinataires par excellence de ce droit. Des

⁹² O. DE SCHUTTER, préc., note 24, p. 130.

⁹³ *Projet d'articles*, articles 5 et 9.

⁹⁴ *Id.*, article 8.

⁹⁵ *Id.*, article 9.

⁹⁶ O. DE SCHUTTER, préc., note 92, p. 131.

⁹⁷ Ludovic HENNEBEL et Pierre-François DOCQUIR, « L'entreprise, titulaire et garante des droits de L'homme » dans Thomas BERNIS (ed.), *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.79, à la page 129.

évolutions marginales ont permis d'ouvrir un pan de voile de l'exercice de ce droit aux EMNs, et de façon plus large elles ont aussi favorisé la prise en compte des intérêts des individus pour permettre de construire un droit à réparation à destination globale.

Paragraphe 2 L'ancrage normatif du droit à réparation dans les instruments de protection des droits humains

La question de la réparation doit être considérée dans le contexte global de la promotion et de la protection des droits et libertés fondamentaux⁹⁸. La protection des droits humains a connu de telles avancées que nombre d'auteurs relèvent aujourd'hui la stérilité et la désuétude du débat concernant la place de l'individu en tant qu'objet ou sujet du droit international⁹⁹. Les caractéristiques les plus saillantes de cette évolution résident dans l'inflation normative visant à encadrer les droits humains en amont de l'ordre international. En effet, le nombre de traités, ou de conventions, de principes ou de déclarations, ayant pour objet la protection des droits humains a connu une explosion numérique ces dernières décennies. On retrouve également les marques de cette évolution en aval de la structure internationale par le renforcement des garanties judiciaires et extra judiciaires visant à permettre aux États de mettre en œuvre ces droits et aux individus de s'en prévaloir. En plus d'être sujets de droit, les individus ont désormais aussi la capacité de pouvoir engager des procédures devant les tribunaux internationaux en vertu de certains traités qui leur accordent le *locus standi*¹⁰⁰. Malgré la mise sur pied des *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*,¹⁰¹ il se dégage toutefois de ces textes à vocation universelle une certaine prudence et une retenue quant à l'énonciation du droit et des modalités de la

⁹⁸ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Doc. N.U E/CN.4/Sub.2/1993/8, (2 juillet 1993), <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/141/59/PDF/G9314159.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 14 février 2014).

⁹⁹ ANYSSA BELLAL, préc., note 38, p. 24.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 71.

¹⁰¹ AGNU, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés. AG 60/147, Doc. Off. AGNU, 60e sess., supp. na 49, Doc. N.U. A/RES/60/147 (2005), [Ci-après Principes fondamentaux concernant le droit à un recours].

réparation susceptibles de répondre aux besoins des victimes¹⁰². Le droit à réparation est donc consacré en tant que droit individuel par l'ordre juridique international et l'examen des obligations internationales des États en matière de protection des droits de l'homme laisse percevoir que toute atteinte aux droits humains, indépendamment de sa gravité¹⁰³, peut faire éclore un droit à réparation au niveau universel (1) et au niveau régional (2).

1. La consécration du droit à réparation dans les instruments universels des droits fondamentaux

Le droit à réparation est intrinsèquement lié au droit au recours qui permet par voie procédurale de mettre en œuvre la réparation dans sa dimension substantive¹⁰⁴. Le droit à un recours et à réparation est aujourd'hui explicitement prévu dans plusieurs traités et textes normatifs protégeant les droits humains¹⁰⁵. La *Convention sur les maladies professionnelles* prévoyait déjà en 1934 que les États qui ratifient la convention s'engagent à assurer aux victimes de maladies professionnelles ou à leurs ayants droit une réparation basée sur les principes généraux de leur législation nationale concernant les accidents du travail¹⁰⁶. Une décennie plus tard, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* énonçait qu'un droit à un recours effectif devant les instances compétentes doit être

¹⁰² Christian TOMUSCHAT, « La protection internationale des droits des victimes », dans JEAN-FRANÇOIS FLAUSS (éd.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 1, à la page 12.

¹⁰³ Pierre D'ARGENT, préc., note 91, « Il ne faut donc pas que la violation soit flagrante ou grave pour que le droit à un recours et à réparation existe, même si c'est en ce cas là qu'il s'impose plus particulièrement, dans toute l'ampleur que lui donnent les principes fondamentaux et directives. », p. 39.

¹⁰⁴ Theo VAN BOVEN, « The right to a remedy as contained in international instruments: access to justice and reparation in treaties and the new United Nations principles » dans JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, préc., note 102, p. 34. Pierre D'argent affirme pour sa part que le droit à réparation n'est pas inclus dans le droit à un recours, lequel est en fait le droit d'accès à un tribunal et constitue le moyen de réclamer la jouissance du droit primaire substantiel, ou à défaut la réparation du dommage qui naît de sa violation, préc., note 103, p. 43.

¹⁰⁵ Il s'agit sommairement de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* 1965 (CERD) article 6, la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes* de 1979 (CEDAW) en vertu de l'article 2 (b) (c) (e), la *Convention contre la torture* de 1984 prévoit que la victime d'un acte de torture a le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée équitablement et de manière adéquate, la *Convention relative aux droits de l'enfant* de 1989 (CDE) article 39, la *Convention internationale pour la protection contre les disparitions forcées* de 2006 (ICPPED) énonce que la victime d'une disparition forcée a le droit d'obtenir réparation et d'être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate, article 24.

¹⁰⁶ OIT, *Convention (n° 42) (révisée) concernant la réparation des maladies professionnelles* (révisée en 1934) (Entrée en vigueur: 17 juin 1936Adoption: Genève, 18ème session CIT (21 juin 1934) l'article 1, para 1, en ligne : <
http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312187> (Site consulté le 10 janvier 2014).

disponible pour toute personne dont les droits fondamentaux ont été violés¹⁰⁷. Le droit à réparation a ensuite progressivement été introduit dans plusieurs instruments déclaratoires à portée universelle. On peut mentionner ici la *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*¹⁰⁸ qui prévoit expressément des mesures spécifiques pour dédommager les victimes, comme la *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*¹⁰⁹. Finalement, le prototype le plus complet sur la question figure dans les *Principes fondamentaux concernant le droit à un recours* qui ont été élaborés en 2005 afin de répondre aux besoins de justice des victimes et pour établir les modalités du droit à réparation¹¹⁰. L'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* à son alinéa 3 quant à lui énonce également à ce propos que les États parties doivent veiller à ce que toute personne alléguant une violation du Pacte dispose d'un recours effectif et du droit à l'évaluation de sa demande par une autorité judiciaire, administrative ou législative compétente¹¹¹. Il faut donc comprendre ici que ce sont les recours nationaux qui permettent aux victimes d'engager les processus pour mettre en œuvre leur droit à réparation les rapports entre les individus et les États, et l'effectivité de ces recours semble être la « recette primordiale »¹¹² préconisée par les instruments internationaux de protection des droits humains afin de concrétiser le droit à réparation. Le constat étant bien établi concernant les fondements du droit à réparation dans les rapports entre États et individus, est-il pour autant

¹⁰⁷ AGNU, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^{ème} sess., suppl. n°13, Doc. N.U. A/810, p.17, article 8.

¹⁰⁸ AGNU, *Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées*, Rés. AG 47/133, Doc. Off. , AGNU, 1992, supp. n° 49, Doc. NU N47/49, article 19 « Les victimes d'actes ayant entraîné une disparition forcée et leur famille doivent obtenir réparation et ont le droit d'être indemnisées de manière adéquate, notamment de disposer des moyens qui leur permettent de se réadapter de manière aussi complète que possible. En cas de décès de la victime du fait de sa disparition forcée, sa famille a également droit à indemnisation ».

¹⁰⁹ AGNU, *Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir*, Rés. AG 40/34, Doc. Off. AG NU, 1985, supp. No 53, Doc. NU N40/53, art 4 et 12.

¹¹⁰ AGNU, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international*, préc., note 101.

¹¹¹ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (PIDCP), résolution 2200 (XXI) de l'Assemblée générale (AG) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, Le mot recours est employé à huit reprises dans le Pacte, voir également les articles 9 (5) et 14 (6) du PIDCP, prévoyant un droit à l'indemnisation en cas d'arrestation ou de détention illégale ou de condamnation injustifiée.

¹¹² Christian TOMUSCHAT préc., note 102, p. 4.

possible de trouver dans ces instruments universels une base pour la réparation pour les violations commises EMNs?

En principe il existe en vertu du droit international une obligation pour l'État de protéger les droits humains de ses sujets¹¹³. Ce principe oblige théoriquement l'État à prendre toutes les mesures nécessaires pour favoriser la jouissance et pour empêcher les violations des droits des individus sur toute l'étendue de son territoire¹¹⁴. L'État qui accueille donc les EMNs doit mettre en œuvre cette obligation positive¹¹⁵. Toutefois les obstacles précédemment évoqués dans nos propos introductifs concernant la passivité volontaire ou forcée des États hôtes dans leurs rapports avec les EMNs ne favorisent pas une mise en pratique efficace de cette obligation. Il faudrait donc envisager la possibilité d'établir un lien entre le droit à réparation et l'obligation de l'État d'origine des EMNs de protéger les droits humains¹¹⁶. Toutefois, l'existence d'une portée extraterritoriale de l'obligation de protéger par l'État d'origine des EMNs reste difficile à matérialiser. Bien que certains traités s'orientent dans ce sens¹¹⁷, bon nombre d'arguments sont défavorables à cette interprétation généreuse et difficilement réalisable pour faire appliquer des droits humains sur des territoires où l'État n'exercerait pas un contrôle effectif¹¹⁸.

Compte tenu des nombreuses limites de l'hypothèse d'un droit à réparation incombant aux EMNs par le biais des instruments universels, il serait opportun d'examiner les fondements du droit à réparation incombant aux États dans les instruments de protection

¹¹³ O. DE SCHUTTER, préc., note 96, p. 131.

¹¹⁴ Article 2 para. 1, PIDCP, « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte [...] ».

¹¹⁵ L'obligation de respecter peut aussi être négative dans le sens où l'État ne doit pas porter atteinte aux droits humains. Dans ce cas pour démontrer la violation de l'obligation de respecter par l'État à cause des agissements de l'EMN, il faut pouvoir attribuer le comportement fautif de l'EMN à l'État, en plus des quatre conditions de mise en œuvre de la responsabilité internationale sus-évoquées.

¹¹⁶ Olivier DE SCHUTTER, préc., note 113.

¹¹⁷ *Id.*, p. 137. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels avance la thèse selon laquelle les États doivent respecter les droits à la fois sur leurs territoires, mais aussi hors de leurs frontières, en exerçant une influence conforme au droit international et en empêchant qu'ils soient menacés, voir, HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Observation générale 15 : le droit à l'eau*, Doc. U.N. E/C.12/2002/11 (20 janvier 2003), en ligne; <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2002%2f11&Lang=en> (Site consulté le 21 février 2014).

¹¹⁸ *Id.*, Olivier De Schutter précise qu'il s'agit notamment des obstacles liés aux grands principes du droit international, en l'occurrence la souveraineté des États, ou le principe de non-ingérence et de l'égalité souveraine des États.

des droits humains, avant d'évaluer à ce niveau les possibilités ou les limites des recours des victimes contre les EMNs devant les instances régionales de protection des droits humains.

2. L'affirmation d'un droit à réparation dans les instruments régionaux de protection des droits humains

Un bref examen des instruments de protection des droits humains adoptés au niveau régional permet d'appuyer l'idée de l'existence d'une prise en compte relative des intérêts individuels par le droit au recours et le droit à réparation pour les victimes par les États. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* prévoit en effet, l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, et un droit à réparation pour toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de la Convention¹¹⁹. La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme accorde d'ailleurs une place de choix au droit à réparation, ce qui semble faire d'elle « un eldorado pour les victimes »¹²⁰. Jean François Flauss a d'ailleurs dénoncé la mercantilisation excessive du contentieux des droits de l'homme et du droit à réparation, du fait de la tendance de la Cour à privilégier les réparations pécuniaires pour les victimes de violations des droits fondamentaux dans le contentieux les opposant aux États, ce qui a comme conséquence cantonner le droit à réparation dans la dimension financière¹²¹.

*La Convention américaine relative aux droits de l'homme*¹²² dans le même sens énonce à son article 25 le droit à un recours simple et rapide, ou à tout autre recours effectif devant les juges et tribunaux compétents pour obtenir réparation. La Cour interaméricaine peut ainsi ordonner la réparation des conséquences de la situation à laquelle a donné lieu

¹¹⁹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4.XI.1950, art. 13, 5 para. 5, et 41.

¹²⁰ Jean-François FLAUSS, « Le contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ? », dans *Mélanges JEAN-PIERRE SORTAIS*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.155, à la page 179-204.

¹²¹ Jean-François FLAUSS, « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *Beyeler c/ Italie* du 28 mai 2002 », (2003) 4 *Recueil Dalloz* 227.

¹²² *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, 22 novembre 1969, 1144 RTNU 123

la violation des droits par le paiement d'une « juste indemnité à la partie lésée », ou par l'ordonnance de mesures provisoires¹²³. Il est majoritairement admis aujourd'hui que la Cour interaméricaine fait œuvre de pionnière en matière de réparations collectives et individuelles, puisque sa jurisprudence participe directement à la consolidation du concept du droit à réparation en droit international¹²⁴. Cette Cour a en effet établi au fil des années des formes de réparations très variées. De plus, elle ne limite pas le concept de la réparation au volet pécuniaire, mais elle le place en écho au principe de responsabilité de l'État, pour donner la primauté au droit à la vérité et à la justice¹²⁵.

Quoique le foisonnement de la jurisprudence devant les organes régionaux ait conduit ces dernières années à une évolution manifeste de la consécration d'un droit à réparation pour les victimes, il faut relever qu'elle reste confinée aux rapports entre les États et les individus, et la prise en compte de l'exercice de ce droit par les victimes à l'égard des EMNs demeure très marginale au niveau régional.

Concernant les EMNs en effet, malgré le fait que l'État puisse exercer sa juridiction¹²⁶ en veillant au respect des droits humains à l'intérieur de ses frontières, il reste impossible que les victimes s'appuient sur l'argument de cette obligation de protéger pour obliger les États d'origine des EMNs à exercer extraterritorialement cette compétence¹²⁷. En outre, les commissions régionales des droits de l'homme ont eu l'occasion de se pencher sur la question de la responsabilité pour certaines violations des droits humains commises par les EMNs des États hôtes, mais les résultats n'ont pas été concluants pour offrir des pistes de réflexion pour le droit à réparation¹²⁸. Au niveau africain par exemple, bien que

¹²³ *Id.*, article 63 (1).

¹²⁴ Karine BONNEAU, préc., note 48.

¹²⁵ *Id.*, p. 3 et 31.

¹²⁶ L'article 1 de la Convention Européenne énonce l'obligation de respecter les droits de l'homme : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur **juridiction** les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». Dans la convention américaine, il est mentionné que « Les États 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** », article 1.

¹²⁷ Les exceptions possibles sont que l'entreprise ait agi comme agent de l'État, ou que les violations se déroulent sur un territoire dont l'État exerce un contrôle effectif. Ce qui ramène les mêmes difficultés que celles évoquées à la section précédente.

¹²⁸ À titre d'exemple, la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) avait demandé au gouvernement guatémaltèque d'adopter des mesures préventives en suspendant l'exploitation de la mine par l'entreprise Goldcorp à la suite de plaintes de contamination environnementale présumée. En décembre 2011, toutefois la CIDH a levé cette suspension après que le gouvernement ait mené une enquête (dont les résultats étaient très contestés) démontrant que la mine n'était pas dangereuse. La CIDH a simplement recommandé à l'État de prendre les mesures nécessaires afin que les sources d'eau des communautés bénéficiaires ne soient

la Charte des droits de l'homme et des peuples ne prévoit pas expressément un droit à réparation direct pour les victimes de violations des droits protégés, la Commission africaine¹²⁹ fait toutefois une interprétation extensive de l'article 7 de la Charte qui prévoit le droit à un procès équitable et le droit de saisir les juridictions nationales compétentes de tout acte violant les droits fondamentaux reconnus par la Charte¹³⁰. Au sujet des EMNs, la Commission africaine a justement eu l'occasion de se prononcer sur la responsabilité du gouvernement nigérian en lien avec l'impact des activités de Shell au Nigéria. La Commission a ainsi recommandé que les victimes soient dûment indemnisées par le gouvernement nigérian qui n'a pas satisfait le minimum requis pour la mise en œuvre des droits énoncés par la Charte Africaine¹³¹. La décision n'étant pas contraignante, les victimes n'ont pas pu obtenir de compensations, ce qui démontre qu'il reste difficile au niveau régional d'obtenir réparation pour les violations commises par les EMNs¹³².

Somme toute, il ressort de cette première articulation que le droit à réparation était *a priori* destiné aux États. Le mécanisme de la protection diplomatique a posé les prémisses d'un droit à réparation par le biais de ces derniers avant de tomber en désuétude au profit de celui de la responsabilité internationale qui n'offre pas encore de façon directe une base pour fonder les actions en réparation des victimes contre les EMNs. L'analyse a aussi

pas contaminées par les activités minières, ce qui évidemment n'a pas satisfait les victimes. Voir IACHR, Precautionary Measures, PM 260-07 – *Communities of the Maya People (Sipakepense and Mam) of the Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán Municipalities in the Department of San Marcos, Guatemala*, en ligne, < <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp> > (Site consulté le 5 juin 2014).

¹²⁹ La Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples a pour mandat de promouvoir et protéger les droits garantis par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. La commission se compose de onze membres, Charte Africaine, articles 30-63. Pour un aperçu complet du rôle de l'organe, voir Jean-Louis ATANGANA AMOUGOU, « La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples », (2001) 1 *Droit fondamentaux* 91, en ligne : < <http://www.droits-fondamentaux.org> > (Site consulté le 5 juin 2014).

¹³⁰ G. MUSILA, « The right to an effective remedy under the African Charter on Human and Peoples Rights », (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 441, 442. L'article 21 para. 2 dispose également qu'« En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate ».

¹³¹ COMMISSION AFRICAINE DES DROITS DE L'HOMME ET DES PEUPLES (CADHP), *Center for Economic and Social Rights c. Nigeria*, Communication 155/96, 30e Session Ordinaire, Banjul, Gambie, 13 octobre 2001.

¹³² On rappellera ici que les EMNs ne peuvent pas être poursuivies devant les différentes Cours régionales, puisque seuls peuvent y avoir accès les États parties (voir les articles 61 *Convention Américaine*, article 33 *Convention Européenne*, article 5.1 Protocole relatif à la *Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples* portant création d'une Cour africaine, OAU, Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III), 1998) ou les individus victimes de violation des droits reconnus dans la Convention et ses protocoles, commises par l'un **des États** contractants (article 34 *Convention Européenne*, articles 5(3), 34 (6), Protocole relatif à la Charte africaine).

permis de dépasser le cadre du contentieux interétatique pour trouver des bases d'un droit à réparation à destination des individus dans le contexte de la protection des droits humains. S'il apparaît clairement que les instruments universels et les instruments régionaux de protection de droit humains reconnaissent et consacrent le droit à réparation, sa mise en œuvre reste toutefois tributaire de l'action des États qui demeurent les premiers responsables du respect des droits humains. Néanmoins, la mondialisation ayant favorisé la montée en puissance des acteurs non étatiques, il serait opportun d'examiner les bases sous-tendant l'existence d'un droit à réparation dans les cas de violations impliquant les entreprises multinationales.

Section II L'étendue limitée des fondements du droit à réparation spécifique aux acteurs non étatiques

En l'absence d'un instrument normatif à vocation contraignante qui encadre la responsabilité internationale des EMNs, il n'existe pas d'obligations internationales directes pour les EMNs de respecter les droits humains. Il faut alors trouver les bases d'un droit à réparation pour les victimes des violations des EMNs dans les *Principes directeurs* de l'ONU qui nous serviront de fil conducteur dans cette étude. Si les *Principes directeurs* n'édicte pas d'obligations juridiques à l'égard des EMN, ces dernières ont toutefois la responsabilité de respecter les droits humains, alors que les États restent titulaires de l'obligation de protéger ces droits. Toutefois la solidité de cette fondation reste inconsistante, dans la mesure où ces obligations sont contenues dans les *Principes directeurs* qui sont classés dans la catégorie de la *soft law*. Il est d'ailleurs souvent reproché aux textes issus de la *soft law* de contribuer au brouillage des catégories juridiques et de porter atteinte à la crédibilité du droit au regard de l'ambiguïté de leur statut juridique¹³³. La *soft law* est ainsi perçue comme une « excroissance pathologique incarnant tout ce qui ne va pas en matière de production normative en droit international contemporain; et cela toujours selon les mêmes critiques, en érodant la distinction entre le droit et le non-droit et en permettant de substituer le vrai droit par du faux ou du moins bon »¹³⁴.

¹³³ Georges ABI-SAAB, « Éloge du « droit assourdi », dans *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59, à la page 64.

¹³⁴ *Id.*, En français la traduction du mot *soft* peut faire référence aux adjectifs : amolli, avachi ou flasque, mais une interprétation positive peut faire référence aux mots doux, tendre, souple, moelleux ou malléable.

Cependant, ces critiques peuvent être tempérées si on place l'analyse sur le plan de l'évolution juridique et dans le contexte marqué par l'évolution des méthodes d'interprétation des droits humains et des institutions qui dispensent la justice¹³⁵. La *soft law* pourrait être perçue ici comme « le curseur de locomotive dynamique au processus cumulatif du développement du droit qui jalonne ses étapes grises à travers la zone grise »¹³⁶, puisqu'elle permet justement de se « déployer là où le *hard law* ne peut ou n'ose s'aventurer. Son rôle étant d'étendre l'empire du droit et cela de manière complémentaire, mais différente »¹³⁷. À cet égard, il apparaît utile ici de retracer les étapes qui ont mené à l'adoption des *Principes directeurs* (§1), avant d'examiner le pilier qui offre les éléments normatifs relatifs à l'édification d'un droit à réparation pour les victimes (§2). Il n'entre pas dans le propos de cette section d'examiner les modalités de la mise en œuvre du droit à réparation par les EMNs, qui fera plutôt l'objet d'un examen approfondi dans les prochains chapitres.

Paragraphe 1 Les étapes de l'adoption des principes directeurs

Les efforts de la communauté internationale pour l'encadrement juridique de la responsabilité des entreprises multinationales remontent à plusieurs décennies. Depuis les années 70, plusieurs avenues ont été explorées afin d'établir un dispositif global, multilatéral et universel permettant la réglementation de la conduite des entreprises multinationales¹³⁸. Toutes ces initiatives ont évolué en même temps que se consolidait progressivement aussi sur la sphère internationale la notion de la responsabilité sociale de l'entreprise. Afin de favoriser l'émergence d'un cadre pour la réparation des victimes en

L'expression « droit assourdi » peut être privilégiée dans ce texte puisqu'évoquant l'atténuation ou la modestie sans impliquer de connotation négative, p. 60 et 61.

¹³⁵ Voir dans ce sens Andrews MORAVCSIK, « The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe », (2000) 54 *International Organization* 217.

¹³⁶ Georges ABI-SAAB, préc., note 133, p. 65.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Secrétaire général sur l'effet des activités et des méthodes de travail des sociétés transnationales sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels et le droit au développement, compte tenu des directives, règles et normes internationales existant sur ce sujet*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/12 (17 juin 1996) para. 60, p. 21, en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/130/59/PDF/G9613059.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 22 février 2014).

cas de violations, de longues démarches ont été engagées (1), avant d'aboutir à un cadre déterminant pour encadrer les activités des EMNs (2).

1. Bref historique de l'émergence d'un cadre régulant les activités des EMNs

Le Conseil économique et social de l'ONU a ouvert la voie sur le sujet en créant la Commission des sociétés transnationales en 1974¹³⁹. Cette commission composée de 48 États avait pour mission d'enquêter sur les activités des sociétés transnationales dans le but de concevoir un code de conduite juridiquement contraignant pour les sociétés transnationales. Les négociations ont finalement échoué en 1992, au regard des nombreux désaccords persistant entre les pays industrialisés et les pays en développement, au sujet du traitement accordé aux sociétés transnationales par les normes contenues dans le code¹⁴⁰.

Au niveau multilatéral, en 1976, les principaux pays industrialisés, soucieux d'encadrer les transformations économiques et politiques de l'époque, ont adopté les *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*. Révisé en 2000, et ensuite 11 ans plus tard, le texte adopte une approche globale qui encadre toutes les activités des entreprises. Ces principes sont des recommandations adressées par les 34 pays membres de l'OCDE et les 11 pays qui y adhèrent aux EMNs qui opèrent sur leurs territoires ou à partir de ceux-ci à travers le monde¹⁴¹. Ces recommandations non contraignantes incitent les entreprises multinationales à contribuer de manière constructive à l'amélioration du bien-être et des conditions de vie. Les principes sont formulés dans un style assez précautionneux, qui est matérialisé par l'emploi d'un langage mesuré, démontrant leur caractère suggestif et non contraignant, tant pour les entreprises que pour

¹³⁹ CES, *Résolution 1913 (LVII)*, en ligne < http://legal.un.org/repertory/art69/french/rep_supp5_vol3-art69_f.pdf >, (site consulté le 30 mai 2014).

¹⁴⁰ COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Secrétaire général*, préc., note 138, para. 62, p. 21 et 22.

¹⁴¹ OCDE, Membres et partenaire, en ligne : < <http://www.oecd.org/fr/apropos/membresetpartenaires/liste-des-pays-de-l-ocde.htm> > (site consulté le 30 janvier 2014), à noter toutefois que le Costa Rica est devenu le 45^{ème} pays à adhérer aux Principes directeurs parmi les 11 pays non membres, à savoir : l'Argentine, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Égypte, la Lettonie, la Lituanie, le Maroc, le Pérou, la Roumanie et la Tunisie qui adhèrent aux Principes directeurs, voir OCDE, *Rapport annuel sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2013 : La conduite responsable des entreprises en action*, 2014, p.14, en ligne : < <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2013102e.pdf?expires=1408473562&id=id&accname=ocid43014084&checksum=AA73C4651EAFDF66BB1AD6DBFCBCE7A8> > (Site consulté le 10 juin 2014).

les États¹⁴². Critiqués justement pour cette mollesse dans la formulation des obligations touchant à des enjeux aussi importants que les droits humains, force est de reconnaître que ces principes sont loin d'être de simples formules rhétoriques puisqu'ils ont permis l'instauration d'un dialogue structuré sur l'investissement et sur la responsabilité des entreprises¹⁴³. Les *Principes directeurs de l'OCDE* ont également le mérite d'innover par rapport aux autres textes grâce à la mise en œuvre d'une procédure de « *Circonstance spécifique* » qui permet de déposer un recours auprès du Point de Contact National (ci-après PCN) compétent pour permettre de résoudre un litige portant sur leur application. Ces procédures non contraignantes permettent donc une surveillance relative de leur mise en œuvre et leur amélioration des principes¹⁴⁴, et en tant qu'organes ayant un rôle principal de médiation, les PCNs participent de façon quoique limitée, à la mise en œuvre du droit à réparation aux victimes des violations des droits humains par les EMNs¹⁴⁵. Par ailleurs, le PCN peut aussi servir de canal pour les gouvernements afin de leur permettre d'envisager les mesures préventives nécessaires à prendre face aux effets négatifs potentiels que peuvent générer les activités des EMNs¹⁴⁶. Néanmoins, la mise en œuvre des procédures des PCN n'a pas pour autant diminué le scepticisme alimenté notamment par « leur caractère essentiellement volontaire, leur formulation de principes parfois vagues, leur

¹⁴² Jernej LETNAR CERNIC, « Corporate responsibility for human rights: A critical analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises », (2008) 3 *Hanse Law Review* 71, 80.

¹⁴³ Rainer GEIGER, « Instruments internationaux de responsabilité de l'entreprise : le rôle de l'OCDE », dans I. DAUGAREILH, préc., note 17, p. 412, à la page 422. Au niveau institutionnel, un Groupe de travail dédié à la conduite responsable des entreprises (CRE) a été mis sur pied dans le cadre du Comité de l'investissement de l'OCDE, en mars 2013 dans le but de garantir l'efficacité des Principes directeurs et de coopérer avec les pays non adhérents ayant un intérêt spécifique pour les Principes directeurs pour les promouvoir auprès d'eux, conformément aux normes et principes en vigueur. Voir à ce sujet le *Rapport annuel sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2013*, préc., note 141, p. 140 et suiv.

¹⁴⁴ Yann QUEINNEC, « Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, un statut juridique en mutation », Sherpa, Juin 2007, en ligne : < <http://ebookbrowse.com/principes-directeurs-de-l-ocde-un-statut-juridique-en-mutation-pdf-d65308954> > (Site consulté le 1 janvier 2014), p. 10.

¹⁴⁵ Le rapport de l'OCDE de l'année 2013 affirme ainsi que sur 30 % des circonstances spécifiques ayant été réglées, les PCN ont fourni une assistance aux parties en facilitant le dialogue ou en offrant une médiation. Dans trois de ces affaires, les parties sont parvenues à un accord ou se sont entendues sur un calendrier de négociations. Dans cinq circonstances spécifiques, les parties ont conclu un accord ou ont décidé de reprendre les négociations au moyen de procédures parallèles ou selon d'autres modalités. 36 nouvelles plaintes qui concernaient principalement les atteintes aux droits humains, la diligence raisonnable, les chaînes d'approvisionnement et l'engagement des parties prenantes ont été soumises aux PCN. Voir OCDE, *Rapport annuel*, préc., note 141 p. 17.

¹⁴⁶ Jernej Letnar CERNIC préc., note 142, p. 169.

reconnaissance de la primauté de la législation nationale et l'absence de mécanisme de mise en œuvre contraignant pour assurer leur suivi. »¹⁴⁷.

En 1977, la *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale* fut adoptée par l'OIT avant d'être révisée successivement en 2000 et en 2006¹⁴⁸. De vocation universelle, la *Déclaration de principes tripartite* est décrite comme l'unique texte international portant sur la responsabilité sociale et les droits fondamentaux des travailleurs, qui formalise substantiellement les liens entre le droit dur et le droit mou en servant ainsi de point de contact concret entre la sphère publique et l'espace privé¹⁴⁹. Le texte qui s'adresse tant aux organisations d'employeurs et aux travailleurs qu'aux EMNs et aux gouvernements des États membres ne prévoit pourtant pas de dispositif clair quant à la mise en œuvre du droit à réparation. Il énonce simplement que : « les gouvernements, de même que les entreprises multinationales, de tous les pays devraient prendre des mesures appropriées pour faire face aux répercussions des activités de ces entreprises sur l'emploi et le marché du travail. »¹⁵⁰. Toutefois, pour bon nombre d'auteurs, bien que les principes n'aient pas de force obligatoire au plan juridique, la Déclaration ne se limite pas à formuler des vœux pieux puisqu'elle participe dans une certaine mesure « à la formation d'une *opinio juris* à l'échelon mondial sur la responsabilité des entreprises multinationales. »¹⁵¹. Elle a ainsi le mérite de réaliser une synchronisation appréciable des normes très souvent éparpillées et trop diffuses pour pouvoir s'adapter à une protection sectorielle efficace de l'individu. Cependant, des critiques identiques à celles formulées pour les Principes directeurs de l'OCDE ont été avancées notamment sur le plan de la mise en œuvre et à l'heure actuelle cet instrument ne fournit pas un cadre réglementaire suffisant et contraignant dans l'encadrement des activités des EMNs¹⁵². Nous ne nous attarderons pas ici à présenter le *Global compact* ou « Pacte Mondial », qui est né de l'initiative du Secrétaire général de l'époque, Kofi Annan, et qui fut lancé le 25 juillet 2000. Plutôt qu'un instrument de régulation, le Pacte se veut une initiative de responsabilité citoyenne faisant

¹⁴⁷ Renée-Claude DROUIN, « Responsabiliser l'entreprise transnationale. Portrait d'une normativité du travail en évolution », dans P. Verge (dir.), *Droit international du travail. Perspectives canadiennes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 283, à la page 297.

¹⁴⁸ OIT, *Déclaration de principes*, préc., note 3.

¹⁴⁹ I. DAUGAREILH, préc., note 17. 457.

¹⁵⁰ OIT, *Déclaration de principes*, para. 25.

¹⁵¹ I. DAUGAREILH, préc., note 149, p. 429.

¹⁵² R.-C. DROUIN, préc., note 147, p. 298.

la promotion de dix principes fondamentaux en matière de droits de l'homme, droit de l'environnement, droits fondamentaux au travail et de prévention de la corruption¹⁵³.

Ces différentes tentatives qui démontrent bien une certaine volonté des États de répondre aux défis posés par la présence des EMNs sur la scène internationale, ont finalement conduit à une étape historique dans l'instauration globale d'un cadre pour ces acteurs non étatiques.

2. Les démarches les plus déterminantes dans la mise sur pied des principes directeurs à destination des entreprises

En 1998, dans une tentative pragmatique visant à encadrer la responsabilité des EMNs sur le plan international, le mandat fut donné à un Groupe de travail par la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme pour entamer une réflexion et faire des propositions sur les activités des sociétés transnationales¹⁵⁴. Au terme de plusieurs consultations et études, le Groupe proposa pour la première fois dans l'histoire un Projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises doté d'une force obligatoire et contraignante qui fut adopté à l'unanimité par la Sous-commission en août 2003¹⁵⁵. Le Projet de Normes visait clairement la transposition d'obligations liées au respect et à la protection des droits de l'homme destinées aux États aux entreprises considérées comme organes de la société sur le fondement de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Le projet « avait le grand mérite de constituer une grille de lecture précise et détaillée, une *check-list* pour les entreprises, afin d'éviter l'abstraction du pacte mondial et la sélectivité de certains codes de conduite volontaires qui omettent des pans essentiels du droit international des droits de l'homme »¹⁵⁶. Le Projet de Normes apportait également une définition claire du concept de

¹⁵³PACTE MONDIAL, « Comment participer? », en ligne : <<https://www.unglobalcompact.org/Languages/french/francais1.htm>> (Site consulté le 30 janvier 2014).

¹⁵⁴SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, Résolution 1998/8 du 20 août 1998. Le groupe était chargé de contribuer à faire une ébauche des normes pertinentes concernant les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entités économiques, dont les activités ont un impact sur les droits de l'homme à la lumière des documents (E/CN.4/Sub.2/1995/11) (E/CN.4/Sub.2/1996/12 et Corr.1) (E/CN.4/Sub.2/1998/6).

¹⁵⁵SOUS-COMMISSION DE LA PROMOTION ET DE LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME, *Projet de Normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2. [Ci-après « Projet de Normes »].

¹⁵⁶ Emmanuel DECAUX, « La responsabilité de sociétés transnationales en matière de droits de l'homme », (2005) *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* 789, 795.

« société transnationale »¹⁵⁷ contrairement aux autres textes précédemment cités. Il dressait également un inventaire complet des sources de droit et avait une portée universelle¹⁵⁸. Le texte prévoyait expressément que les EMNs qui violeraient les droits humains lors de leurs activités devraient offrir une réparation aux victimes¹⁵⁹.

Malheureusement, la Commission des droits de l'homme (l'actuel Conseil des droits de l'homme) a définitivement tué toute ambition de codification formelle et contraignante de la responsabilité des EMNs, en saluant le travail de la Sous-commission avant de rejeter l'adoption du projet des normes, sans lui accorder une valeur juridique¹⁶⁰. Ce projet mort-né a été l'objet de nombreuses critiques¹⁶¹, parce que perçu comme porteur d'une dynamique séditionnelle susceptible de constituer une menace sérieuse pour les investissements transnationaux. Mireille Delmas-Marty explique d'ailleurs ces réticences par le paradoxe auquel est confrontée la société en raison de la mondialisation. On observe en effet un renversement dans la hiérarchie des valeurs où :

« (...) seuls les concepts relatifs au marché (dans ses diverses formes) seraient déjà d'application universelle, et où en revanche les dispositifs liés aux droits de l'homme, bien que proclamés universellement, resteraient dans la pratique dépendants de l'ordre juridique national, donc soupçonnés d'arrière-pensées protectionnistes et déclarés comme tels incompatibles »¹⁶².

¹⁵⁷ La société transnationale y est définie comme « une entité économique opérant dans plus d'un pays ou un ensemble d'entités économiques opérant dans plus d'un pays quelle que soit leur forme juridique, que ce soit dans le pays du siège ou le pays d'activité et que les entités en question soient considérées individuellement ou collectivement », *Projet de Normes*, 2003, para. 20.

¹⁵⁸ Les sources prévues par le texte étaient très hétérogènes et faisaient référence à plusieurs instruments universels, régionaux et multilatéraux, voir *Projet de Normes*, 2003, Préambule.

¹⁵⁹ Selon le *Projet de Normes*, la réparation devait être « (...) rapide, efficace et adéquate aux personnes, entités et communautés qui ont pâti du non-respect des présentes Normes, sous la forme de réparations, restitution, indemnisation ou remise en état pour tous dommages ou perte de biens. Aux fins de la détermination des dommages subis, en matière de sanctions pénales et dans tout autre contexte, les présentes Normes sont appliquées par les tribunaux nationaux et/ou les tribunaux internationaux, conformément au droit interne et au droit international », para. 18.

¹⁶⁰ La commission a même recommandé au Conseil économique et social « D'affirmer qu'elle n'a pas demandé le document E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, qui, en tant qu'avant-projet, n'a aucune valeur juridique, et que la Sous-commission ne devrait pas assumer de fonction de surveillance en la matière », HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *La responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. E/CN.4/DEC/2004/116 60ème sess., (22 avril 2004), en ligne : <http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=9780> (Site consulté le 28 février 2014).

¹⁶¹ Emmanuel DECAUX, préc., note 12, p. 24.

¹⁶² MIREILLE DELMAS-MARTY, *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, p. 11.

Néanmoins, malgré le désaveu du travail de la Sous-commission, cette tentative a tout de même permis une systématisation des droits fondamentaux et précisement des droits fondamentaux au travail souvent effacés au passage dans certains instruments¹⁶³. Elle a par ailleurs permis d'ouvrir des perspectives et d'aboutir au cadre actuel, puisque, la Commission a chargé le secrétaire général de l'ONU d'établir un mandat à l'intention d'un Représentant spécial « chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises », pour engager une nouvelle tentative¹⁶⁴.

Nommé en 2005, John Ruggie fut chargé d'approfondir la réflexion devant mener à un cadre de référence sur « le rôle des États dans la réglementation et le contrôle efficace du rôle des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme [...] ; et à établir un recueil des meilleures pratiques des États, ainsi que des sociétés transnationales et autres entreprises aux niveaux national, régional et international, pour améliorer l'accès à des recours efficaces des personnes dont les droits de l'homme sont touchés par les activités d'une entreprise »¹⁶⁵. Après six années d'investigations qui ont été menées à travers les cinq continents, dont une cinquantaine de consultations internationales, le résultat a abouti à un texte répertoriant les obligations des EMNs à travers des *Principes directeurs*. Il s'agit du premier instrument normatif encadrant la responsabilité des entreprises et des États, qui a été approuvé par le Conseil des droits de l'homme, et sans de surcroît avoir été conçu par les gouvernements eux-mêmes¹⁶⁶. Le travail de Ruggie qui réconcilie en quelque sorte les protagonistes de la protection des droits humains et les défenseurs des intérêts économiques a reçu un accueil mitigé¹⁶⁷. Il

¹⁶³ Terry COLLINGSWORTH, préc., note 13, p. 470.

¹⁶⁴ COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Human rights and transnational corporations and other business enterprises SRSG mandate*, Doc. N.U. E/CN.4/RES/2005/69, 61^{ème} sess., (20 avril 2005), en ligne: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ResolutionsDecisions.aspx>> (Site consulté le 25 février 2014).

¹⁶⁵ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Mandat du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Doc. N.U. A/HRC/RES/8/7, 8^{ème} sess., (18 juin 2008), en ligne: <http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf> (site consulté le 1 janvier 2014)

¹⁶⁶ John RUGGIE, préc., note 35, p. xx.

¹⁶⁷ MARINE COURNIER, préc., note 11, p. 42. Au niveau multilatéral, l'OCDE a par exemple intégré la même année de la publication des principes un nouveau chapitre portant sur les droits de l'homme lors de la révision de ses *Principes directeurs* de 2011. Tandis qu'au niveau de la société civile, plusieurs instances ont critiqué cette approche non contraignante dans l'encadrement de la responsabilité des EMNs.

faut malgré tout reconnaître que les *Principes directeurs* offrent pour l’instant le cadre le plus abouti pour servir de base à l’encadrement du droit à réparation pour les victimes.

Paragraphe 2 La responsabilité pour les entreprises multinationales de respecter les droits humains comme base relative d’un droit à réparation

Les *Principes directeurs* de l’ONU énoncent clairement que le respect des droits humains est la norme mondiale de conduite attendue des entreprises¹⁶⁸. Les EMNs doivent donc obligatoirement, dans l’exercice de leurs activités, s’assurer que les droits humains sont protégés, et « il ne s’agit pas d’actions de bénévolat – même si elles sont les bienvenues – loin de [leurs] activités fondamentales »¹⁶⁹. Il convient donc d’examiner brièvement le contenu des droits que les EMNs doivent respecter (1) avant de mesurer l’étendue de cette responsabilité pour les EMNs de respecter les droits humains à la lumière des limites qui s’y attachent dans la mise en œuvre du droit à réparation pour les victimes (2).

1. Le contenu des droits à respecter

La responsabilité des EMNs de respecter les droits humains porte sur les droits reconnus au niveau international. La plupart de ceux-ci peuvent être énoncés dans le droit ou les règlements nationaux des pays où sont établies les EMNs. Toutefois afin d’universaliser les standards de protection, les *Principes directeurs* ont compilé les instruments contenant les droits que les EMNs se doivent de respecter. Au rang de ceux-ci figurent les droits inscrits dans la Charte internationale des droits de l’homme qui se compose de la *Déclaration universelle des droits de l’homme* et des Pactes internationaux relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁷⁰. Les EMNs doivent également se conformer aux principes et droits fondamentaux au travail énoncés dans la *Déclaration de l’OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail*. Les droits concernés font référence à la liberté d’association et le droit de négociation collective, l’élimination du travail obligatoire, l’abolition du travail des enfants, et l’élimination de la discrimination en matière d’emploi et de profession¹⁷¹. La responsabilité

¹⁶⁸ HCDH, *Guide interprétatif*, p. 15. Voir aussi OCDE, *Les Principes directeurs de l’OCDE à l’intention des entreprises multinationales*, préc., note 4, para. 37, p. 40.

¹⁶⁹ HCDH, *Guide interprétatif*, p. 17.

¹⁷⁰ *Principes directeurs de l’ONU*, principe 12.

¹⁷¹ *Id.*

de respecter les droits humains peut dépasser le cadre des instruments précités dans les circonstances où les EMNs dans leurs activités interagissent directement ou indirectement avec certains groupes spécifiques. À cet égard, les droits des peuples autochtones, des femmes, des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, des enfants, des personnes handicapées, des travailleurs migrants et de leurs familles doivent faire l'objet d'une attention particulière de la part des EMNs puisque les personnes issues ces catégories sont réputées être plus vulnérables¹⁷².

De façon concrète, la responsabilité de respecter les droits humains exige des entreprises qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives ou qu'elles y contribuent par leurs propres activités, et qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent¹⁷³. Elle suppose également que les EMNs s'efforcent de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives sur les droits humains directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales¹⁷⁴. Par conséquent, la mise en œuvre de la responsabilité de respecter les droits humains passe par l'opérationnalisation de certains principes qui s'articulent notamment autour d'un engagement politique¹⁷⁵ et de la mise en place d'une procédure de diligence raisonnable. La diligence raisonnable vise à faciliter l'identification des incidences sur les droits humains, à prévenir ces incidences pour en atténuer les effets et à établir des procédures permettant de remédier à ces éventuels incidents¹⁷⁶. D'ailleurs, la diligence raisonnable est une composante essentielle dans le respect des droits humains et elle est définie comme une mesure de prudence, d'action, d'assiduité, qui, mise en œuvre dans des circonstances particulières permet de minimiser les atteintes aux droits fondamentaux¹⁷⁷. Pour mettre en œuvre la diligence raisonnable, l'entreprise doit procéder

¹⁷² HCDH, *Guide interprétatif*, p.14.

¹⁷³ *Id.*, Principe 13, a).

¹⁷⁴ *Id.*, Principe 19. À cet effet, afin de prévenir et d'atténuer les incidences négatives de leurs activités avec une plus grande efficacité, les EMNs sont appelées à tenir compte des résultats de leurs études d'impact. Elles doivent ainsi s'assurer que la responsabilité de remédier à ces incidences est assignée, de même que le processus décisionnel interne, les allocations budgétaires et les processus de contrôle doivent permettre de prendre des mesures efficaces contre les incidences avérées, Principe 19 para. a) i, ii.

¹⁷⁵ *Id.*, Principe 16. Cet engagement doit être approuvé au plus haut niveau de l'entreprise, mais également établi en recourant aux compétences internes et/ou externes de l'entreprise. Il doit aussi être accessible au public et faire l'objet d'une communication interne et externe au profit de l'ensemble du personnel, des partenaires commerciaux et aux autres parties concernées.

¹⁷⁶ *Id.*, Principe directeur 15.

¹⁷⁷ *Id.*, p.6. L'entreprise doit de ce fait, procéder à une évaluation des incidences potentielles, faire le suivi de celles-ci afin de démontrer l'engagement de l'entreprise pour identifier et prévenir les incidences négatives

à une évaluation des incidences potentielles, faire le suivi de celles-ci afin de démontrer l'engagement de l'entreprise pour identifier et prévenir les incidences négatives sur les droits humains. Elle occupe une place de choix au rang des procédures visant à garantir le respect des droits humains. À ce stade de notre analyse, nous ferons l'économie de notre raisonnement pour réserver un développement plus consistant sur cette question lorsque nous examinerons les voies émergentes pour la mise en œuvre du droit à réparation dans le dernier chapitre de ce mémoire.

Ultimement, le principe de la responsabilité de respecter les droits humains suppose également que les EMNs assument les conséquences découlant de leurs activités directes ou indirectes, en remédiant aux conséquences de leurs activités sur les droits humains¹⁷⁸. En effet, considérant la réalité selon laquelle il est rationnellement impossible de prévoir avec certitude que les EMNs puissent exercer leurs activités sans causer ou contribuer à une incidence négative par leurs activités directes ou indirectes sur les droits humains¹⁷⁹, les EMNs sont appelées à contrôler l'efficacité des mesures qui ont été prises pour remédier aux incidences. Elles doivent y procéder en réalisant des contrôles fondés sur des indicateurs qualitatifs et quantitatifs appropriés et sur les consultations internes à l'entreprise et avec les victimes¹⁸⁰. De plus, les *Principes directeurs* énoncent que les EMNs doivent remédier efficacement à ces incidences en prenant des dispositions pour assurer une communication transparente et fiable, officielle et publique, sur les mesures prises pour remédier aux incidences négatives¹⁸¹. Il peut s'agir notamment d'entretiens personnels, de l'institution de dialogues en ligne, de consultations avec les acteurs concernés, et des rapports officiels ayant contribué à l'identification des incidences négatives sur les droits de l'homme et la façon dont elles y remédient¹⁸². Ces mesures de communication doivent se destiner aux individus ou aux groupes susceptibles d'être touchés, aux autres acteurs pertinents, de même qu'aux investisseurs¹⁸³. Enfin, les EMNs

sur les droits humains. La diligence des EMNs doit ainsi s'exercer de façon permanente par une procédure de gestion continue, puisque les risques peuvent varier et évoluer dans le temps aussi bien qu'en fonction des activités et de leur cadre de fonctionnement, Principe 17.

¹⁷⁸ *Id.*, Principe 11 et 13 para. a).

¹⁷⁹ JOHN RUGGIE, préc., note 166, p. 115.

¹⁸⁰ HCDH, *Guide interprétatif*, Principe 20.

¹⁸¹ *Id.*, Principe 21.

¹⁸² *Principes directeurs ONU*, Principe 21, p.27

¹⁸³ *Id.*, p.27 et 28

devraient dans le processus s'assurer de communiquer aussi fréquemment que surviennent les incidences négatives. L'objet de la communication doit quant à lui être facile d'accès pour les destinataires et contenir suffisamment d'informations pour permettre l'évaluation de l'efficacité des mesures prises, sans porter préjudice aux prescriptions légitimes en matière de confidentialité¹⁸⁴.

En fin de compte, le deuxième pilier des principes directeurs consiste pour les EMNs à accomplir une vaste gamme d'obligations positives et négatives pour protéger et s'abstenir de porter atteinte aux droits humains. Il est donc également nécessaire d'examiner à ce stade la portée du pilier sur la responsabilité des EMNs de respecter les droits humains, en relevant au passage les questions que soulève la justiciabilité de ces droits dans les litiges impliquant les EMNs.

2. L'étendue de la responsabilité de respecter et la question de l'opposabilité et de la justiciabilité des droits humains dans le contentieux impliquant les EMNs

La responsabilité qui incombe aux EMNs de respecter les droits humains s'étend à tous les droits sans discrimination, sachant qu'il n'existe pas « de crédit compensatoire pour atteinte aux droits de l'homme »¹⁸⁵. En effet, le manquement aux droits humains dans un domaine ne pourrait effacer ou annuler un avantage accordé dans un autre domaine¹⁸⁶. Il est également important de souligner que cette responsabilité s'applique de façon identique, sans distinction quant à la structure ou la taille de l'entreprise, son secteur ou son cadre de fonctionnement, et son régime de propriété¹⁸⁷. De fait l'organisation structurelle des EMNs peut souvent brouiller l'identification de l'entité à laquelle incombe la responsabilité de respecter les droits humains. Les *Principes directeurs* énoncent à cet effet que la structure sociale du groupe n'affecte en aucune façon l'obligation de respecter et de faire respecter les droits fondamentaux des individus par les filiales qui sont soumises à des degrés de contrôle variés de la part de la société mère, qui exerce aussi un niveau varié d'autorité. Ce qui importe donc finalement, c'est la façon avec laquelle les EMNs s'organisent pour veiller à ce que les droits humains soient respectés dans la pratique, à travers notamment

¹⁸⁴ HCDH, *Guide interprétatif*, Principe 21

¹⁸⁵ HCDH, *Guide interprétatif*, p.17

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ *Principes directeurs ONU*, Principe 14

les accords contractuels, les systèmes de gestion internes, ou des structures de gouvernance¹⁸⁸.

En outre, les EMNs restent également les débitrices de la responsabilité de respecter les droits humains, quel que soit le cadre juridique local ou politique¹⁸⁹ du pays où elles exercent leurs activités. En effet, tel que nous le verrons dans les prochaines sections de ce mémoire, les EMNs opèrent souvent dans les pays où l'encadrement des droits humains est faible ou mal appliqué. Le cadre de référence des *Principes directeurs de l'ONU* énonce donc à ce propos que le fait pour un État de ne pas appliquer sa législation nationale ou d'enfreindre ses obligations internationales en matière de droits humains, est sans effet sur la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. En d'autres termes, cette responsabilité n'est pas confinée à la conformité avec les dispositions du droit national, mais transcende le cadre légal en vigueur pour être appliquée en toutes circonstances par les EMNs, « et constitue une norme mondiale de conduite attendue, applicable à toutes les entreprises, dans toutes les situations »¹⁹⁰. Il est par conséquent attendu des EMNs qu'elles se gardent de compromettre les capacités des États à remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme par la prise de mesures susceptibles d'affaiblir l'intégrité des processus judiciaires¹⁹¹.

Toutefois, il faut bien noter que c'est par le biais d'une interprétation extensive et horizontale¹⁹² des traités de protection des droits humains qu'il est possible d'établir une relation directe entre la responsabilité des EMNs de respecter les droits humains et l'obligation de réparer les violations desdits droits. Or, la précarité de l'encadrement des activités transnationales des entreprises provient dans une certaine mesure des limites de la théorie de l'effet horizontal des normes de protection des droits humains¹⁹³. En effet, cette conception issue de la doctrine allemande du « *Drittwirkung* » impliquerait *mutatis*

¹⁸⁸ HCDH, *Guide interprétatif*, p. 25.

¹⁸⁹ *Principes directeurs ONU*, p. 29 et 30. C'est le cas des pays en conflits armés ou des pays en proie aux tensions et troubles politiques internes.

¹⁹⁰ HCDH, *Guide interprétatif*, p. 15.

¹⁹¹ *Principes directeurs ONU*, Principe 11.

¹⁹² La théorie de l'effet horizontal énonce que les obligations de respecter et de garantir les droits humains ne se cantonnent pas aux rapports verticaux entre les États et les individus, mais qu'elles s'appliquent aux rapports horizontaux entre des parties privées, M. M. SALAH, préc., note 79, p. 240.

¹⁹³ *Id.*

mutandis « la capacité d'un individu d'exiger d'une personne privée le respect de ses droits fondamentaux »¹⁹⁴, et l'effectivité de l'application des traités de protection des droits humains dans les rapports uniquement de nature privée¹⁹⁵. Bien que prometteuse à cause de la possibilité d'étendre l'opposabilité des droits de l'homme aux rapports interindividuels, cette théorie n'évite cependant pas les problèmes relatifs à la personnalité juridique des EMNs et qui affectent l'invocabilité directe des droits violés devant les tribunaux dans les rapports entre les EMNs et les victimes¹⁹⁶. De fait, la théorie de l'effet horizontal des droits fondamentaux n'est vraisemblablement pas un instrument adéquat pour trancher les conflits entre particuliers, dans la mesure où il est impératif que les droits qui font l'objet du litige aient tous reçu une concrétisation législative préalable pour pouvoir être invoqués, et que les institutions soient assez fortes pour faire appliquer le droit sur leurs territoires¹⁹⁷.

Dans une approche voisine, Tran Van Minh pour sa part soulève le problème de l'opposabilité des droits humains aux EMNs, concernant notamment l'application aux rapports privés des normes originellement destinées à la protection des individus contre les

¹⁹⁴ Ludovic HENNEBEL et Pierre-François DOCQUIR, préc., note 97, p.122-123. La théorie a été formulée dans le cadre du droit constitutionnel allemand, avant d'être récupérée dans le cadre de la protection des droits humains. La doctrine de l'effet horizontal indirect des traités de protection des droits humains combinée à l'obligation positive des États de protéger les droits humains a permis dans certaines affaires d'imputer à l'État la responsabilité de violations survenues sur leurs territoires par des entreprises privées. Pour un cas d'espèce voir notamment la décision rendue par la Cour Européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'affaire *Wilson, National Union of Journalists et autres c. Royaume-Uni*, dans laquelle la cour a estimé qu'en permettant aux employeurs d'avoir recours à des incitants financiers pour amener les salariés à renoncer à des droits syndicaux importants, l'État défendeur (l'Angleterre) s'était rendu complice de la violation de la liberté syndicale commise par l'employeur, et avait manqué à son obligation positive de garantir la jouissance des droits consacrés par la Convention, 2 juillet 2002, para. 29 et 30, en ligne: <http://www.echr.coe.int/Documents/Reports_Recueil_2002-V.pdf>, p. 42-77. Pour approfondir la théorie du *Drittwirkung*, voir Eric Engle, « Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*) », (2009) 5 *Hanse Law Review* 165, 165-173.

¹⁹⁵ Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme : de la pratique à la théorie du pluralisme juridique et politique », dans G. LEWKOWICZ, M. XIFARAS, (ed.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 222, à la page 223.

¹⁹⁶ Nicola Jäger affirme d'ailleurs dans ce sens que « Summarising, it can be concluded that support for the hypothesis of the *Drittwirkung* of international human rights law can be inferred from the nature of human rights and from the general provisions of the human rights treaties. However, these general provisions do not independently provide strong enough evidence for the conclusion that norms of international human rights law can be applied horizontally », dans *Corporate Human Rights Obligations : in search of Accountability*, Intersentia, Anvers, 2002, p. 44.

¹⁹⁷ M. M. SALAH, relève pertinemment les effets de la compétition entre les États et la nécessité pour eux d'avoir un droit attractif qui n'offre pas trop un cadre juridique susceptible de poursuivre les investisseurs dans les cas de violations des droits humains, préc., note 192, p. 301.

États¹⁹⁸. À cet égard pour résoudre cette équation, il propose de procéder à la transposition des règles de droit international aux rapports entre les individus et les EMNs en cas de lacune ou de carence du droit interne¹⁹⁹, ou par la substitution en remplaçant une norme de droit interne lorsque celle-ci est défavorable à la protection des droits humains contre les acteurs privés comme les EMNs²⁰⁰. Ces solutions qui ne sont pas dépourvues de controverses présentent toutefois des sérieuses limites²⁰¹, et c'est dans cette optique que Mireille Delmas-Marty affirme que l'opposabilité des droits de l'homme aux EMNs « suppose une réflexion sur les moyens juridiques et politiques, d'utiliser les mécanismes du marché pour les contraindre au respect des droits de l'homme ».²⁰²

Par ailleurs, l'autre limite fondamentale propre au contentieux pour les violations des droits humains impliquant les entreprises découle de la nature et du contenu des droits invocables devant les tribunaux. De fait, en dehors des droits subjectifs tels que le droit à

¹⁹⁸ Tran VAN MINH, « Droits de l'homme et pouvoirs privés : le problème de l'opposabilité », dans CAO-HUY THAN, (coord.), *Multinationales et droits de l'homme*, Amiens, PUF, 1984, p. 97, à la page 98.

¹⁹⁹ *Id.*, selon l'auteur l'opposabilité par transposition se justifierait entre autres au regard du caractère *erga omnes* des droits humains fondamentaux, et celui du principe de la dignité humaine qui commandent que tous les droits soient protégés indépendamment de l'auteur de la violation, p. 148-149.

²⁰⁰ *Id.*, p. 149-151. Selon l'auteur cette hypothèse se fonde sur les considérations d'ordre public international qui s'oppose à toute atteinte aux droits humains dans les États. Le caractère de *jus cogens* des droits humains et la primauté du droit international de certains systèmes juridiques pourraient également soutenir cette thèse.

²⁰¹ La principale limite découle notamment du fait que l'application des normes de *jus cogens* relève de la responsabilité des États et non des EMNs et qu'il reste difficile pour des motifs évoqués précédemment d'étendre cette responsabilité aux EMNs ou de la faire reposer sur les États. C'est dans cette optique que certains auteurs ont formulé la théorie de la « contractualisation des droits de l'homme » pour étendre juridiquement l'opposabilité des droits de l'homme aux personnes privées. Selon cette hypothèse en effet, la contractualisation négative des droits de l'homme pourrait permettre l'intégration dans le contrat d'investissement entre les États et les EMNs de clauses pour « l'obligation de respecter les droits ». Elle limiterait de ce fait la liberté contractuelle par les exigences de l'ordre public international, en exigeant des parties qu'elles s'abstiennent de violer les droits de l'homme. La contractualisation positive pour sa part permettrait d'incorporer dans les contrats d'investissements « l'obligation de garantir les droits de l'homme » auprès des cocontractants et des sous-traitants. Cette forme de contractualisation serait particulièrement utile afin de permettre aux pouvoirs publics d'imposer les obligations positives pour protéger les droits humains par le biais par exemple des marchés publics en insérant des clauses contractuelles exigeant le respect certaines normes environnementales durant l'exécution des contrats notamment. Toutefois, les limites de cette hypothèse découlent respectivement de la controverse qui persiste quant à l'identification de l'ordre public international, de plus, dans les actes privés il faudrait une intervention de l'État qui doit avoir la volonté et les moyens pour imposer le respect de l'ordre public international dans les rapports entre les individus et les grandes EMNs. De plus, elle accorde un rôle trop prépondérant à l'État notamment à travers la théorie des obligations positives et de la responsabilité internationale de l'État, or tel que présenté dans la première section de ce chapitre, ces arguments ne permettent pas dans la pratique d'asseoir l'idée d'une obligation juridique pour les EMNs de réparer les violations des droits humains sur le fondement de ces arguments. Voir à ce propos Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, préc., note 195, p. 222-232.

²⁰² M. DELMAS-MARTY, *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 15-16.

la vie ou les atteintes au droit de propriété, les droits mis en cause dans les litiges contre les EMNs portent généralement sur les droits économiques sociaux et culturels tels que le droit à la santé, le droit à l'eau, le droit à un niveau de vie suffisant, ou sur les droits dits de troisième génération, notamment le droit à un environnement sain, le droit au développement²⁰³. Or il s'avère que : « la structure de ces droits rend quelquefois difficile la détermination à la fois du titulaire réel de l'action (est-ce une personne ou une collectivité?) et du débiteur de l'obligation (est-ce seulement l'État ou peut-on également considérer que les entreprises sont débitrices des obligations en la matière?)»²⁰⁴. À cette limite majeure se superpose également celle de la « compétence judiciaire internationale »²⁰⁵ dans la mesure où les conventions protégeant les droits humains s'adressent aux États et qu'il n'existe pas par conséquent de cour ou de tribunal international ayant compétence pour trancher les litiges découlant de la violation des droits humains par les EMNs.

Finalement, les *Principes directeurs de l'ONU* énoncent aussi clairement que la responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits humains se distingue des questions de responsabilité juridique et que la responsabilité découlant des principes n'est pas fondée sur une obligation légale²⁰⁶. La question de la justiciabilité des principes peut donc ainsi se poser, notamment celle de savoir si les individus lésés ont la capacité de recourir à un organe indépendant et impartial, ou à une procédure légale quand un droit a été violé par une EMN, sur le fondement de la responsabilité de respecter les droits humains. La réponse à cette interrogation peut d'ailleurs amener à atténuer l'idée de la mise en œuvre efficace d'un droit à réparation, voire même à nier son existence. C'est dans ce sens que Katja Sontag affirme que malgré la multiplication des recours qui témoigne de la

²⁰³ M.M. Salah, préc., note 197, p. 240.

²⁰⁴ *Id.*, p.241. L'auteur relève d'ailleurs pertinemment un autre risque majeur susceptible d'affecter les litiges opposant les EMNs aux victimes. Il s'agit en effet de la « sélectivité » dans ce genre de contentieux qui ignore « par la force des choses les atteintes qui ne sont pas spectaculaires ». Afin d'augmenter les chances de succès judiciaires, les violations dénoncées sont ainsi celles les plus graves, plus à même d'attirer l'opinion publique et les médias afin d'exploiter l'émotion qui peut s'attacher à certaines affaires ou catastrophes de grande ampleur, or les violations des droits humains peuvent être à plus petite échelle, mais créer autant de souffrance chez les victimes qui restent pareillement dans le besoin d'être réparées. *Id.*, p. 244.

²⁰⁵ *Id.* De plus, les instruments universels qui consacrent le droit à la réparation et le droit au recours les limitent au recours devant le juge national de chaque État, ce qui ne favorise pas l'éclosion d'un contentieux devant le juge international ou transnational en cas de défaillance des possibilités de recours devant les juridictions nationales des victimes.

²⁰⁶ Les questions de responsabilité juridique restent définies pour une large part par les dispositions du droit interne par les juridictions compétentes, *Principes directeurs ONU*, p. 16.

« judiciarisation » de la problématique de la violation des droits humains par les EMNs, il demeure difficile de conclure à l'existence d'un droit à réparation, au regard de l'incertitude du fait que ce droit puisse être revendiqué avec succès devant les tribunaux nationaux ou que les règles de droit nationales soient en mesure d'offrir des réparations adéquates²⁰⁷.

Cependant, malgré la pertinence des arguments sus-évoquées, il faut tout de même admettre au regard de leurs limites respectives et dans le contexte actuel de mondialisation que les *Principes directeurs* au-delà de leur fragilité normative apparente constituent « les vecteurs privilégiés de l'insertion de la protection des droits humains dans le champ des activités des EMNs »²⁰⁸. S'éloignant d'ailleurs de toute logique restrictive quant à leur portée, John Ruggie affirme que la non-conformité à la responsabilité de respecter les droits humains :

« can subject companies to the courts of public opinion – comprising employees, communities, consumers, civil society, as well as investors - and occasionally to charges in actual courts. Whereas governments define the scope of legal compliance, the broader scope of the responsibility to respect is defined by social expectations (...) »²⁰⁹.

L'interdépendance des piliers préconisée par John Ruggie trouve alors ici toute sa pertinence dans la mesure où la mise en œuvre du droit à réparation repose sur le premier pilier instaurant l'obligation pour les États de protéger les droits humains en favorisant les mécanismes de réparation. Elle s'impose aussi en vertu du deuxième pilier qui oblige les EMNs à respecter les droits humains si elles causent des incidences négatives aux droits humains, et en vertu du troisième pilier qui consacre l'accès à des voies de recours aux victimes des violations des droits humains par les EMNs.

Nonobstant cette corrélation, les États demeurent les artisans incontestés pour permettre la matérialisation et l'effectivité des mesures pour la mise en œuvre du droit à réparation par les victimes. La réparation est donc essentiellement tributaire de la volonté des États de créer un environnement judiciaire favorable à la protection des droits humains

²⁰⁷ Katja SONTAG, « La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales », dans *Droit économique et droits de l'homme*, LAURENCE BOY, JEAN-BAPTISTE RACINE, FABRICE SIIRIAINEN, (coord.), Bruxelles, Larcier, 2009, p. 569, à la page 632.

²⁰⁸ M.M. SALAH, préc., note 203, p. 301.

²⁰⁹ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, U.N. Doc. A/HR/C/8/5 (Apr. 7, 2008), p. 54.

face aux EMNs. À cet égard le pilier principal qui fait l'objet de notre étude énonce clairement que :

« Les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif. Les États devraient prendre des mesures appropriées pour assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes lorsqu'ils font face à des atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, y compris en examinant les moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours. »²¹⁰ .

Il s'agira donc dans la suite du travail d'évaluer dans quelle mesure ces assertions se vérifient, afin de déterminer si la mise en œuvre du droit à réparation est avérée ou malaisée au niveau des différentes instances judiciaires nationales.

CONCLUSION CHAPITRE 1

Au terme de ce panorama sur les fondements du droit à réparation en droit international, le constat qui se dégage est que l'édification de ce droit a considérablement évolué sur la sphère internationale. Premièrement consacré dans les rapports interétatiques, il fut ensuite reconnu dans les rapports entre les individus et les États. Une lecture téléologique des différents instruments de protection des droits de l'homme nous a également permis de constater que si le droit au recours et le droit à réparation à l'égard des victimes par les États bénéficient d'une reconnaissance en droit international, leur mise en œuvre est toutefois sujette à de nombreuses limitations. Les évolutions récentes en droit international démontrent aussi que la prise en compte des nouveaux acteurs que sont les EMNs oblige désormais dans le même sillage les États à accroître leur veille et leur vigilance afin de protéger les droits des individus susceptibles d'être atteints par les activités ou par les relations commerciales des EMNs. Les États restent donc des acteurs majeurs dans la protection des droits humains, avec en amont l'obligation de protéger, et d'encourager le respect des codes de conduite et de normes internationales²¹¹ et en aval, par l'encadrement

²¹⁰ *Principes directeurs ONU*, Principe 25-26.

²¹¹ AGNU, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international*, préc., note 110, article 23, para. f).

de la responsabilité pour les EMNs de réparer les droits humains, qui reste finalement tributaire et essentiellement définie par les dispositions du droit interne devant les juridictions nationales²¹². Il n'est donc pas téméraire d'avancer le postulat selon lequel le droit à réparation existe malgré l'étroitesse de ses fondements. En l'absence d'un for international capable d'accueillir les réclamations individuelles et collectives contre les EMNs, et face aux nombreux obstacles internes qui empêchent les victimes de trouver justice au niveau national, le deuxième chapitre de cette recherche permettra d'analyser l'impact de la loi américaine qui consacre de façon approximative un droit à réparation.

²¹² *Principes directeurs ONU*, p. 5 et 8.

CHAPITRE 2 LA RELATIVE PORTÉE DE L'ATCA DANS LA CONSÉCRATION DU DROIT À RÉPARATION POUR LES VIOLATIONS DES DROITS HUMAINS PAR LES EMNS

Le contentieux international étant par essence interétatique, la place marginale qui a longtemps été accordée à l'individu sur le plan international rend malaisé le parcours des victimes dans la sphère du contentieux transnational des violations des droits humains²¹³. Les victimes qui peinent à avoir accès aux juridictions nationales sont assimilées à des « orphelins du for »²¹⁴, puisqu'elles errent dans la sphère judiciaire, sans parvenir à exercer leur droit de recours pour obtenir des réparations devant les tribunaux nationaux. Ces obstacles tiennent en majeure partie de la volonté pour les États de préserver un climat d'investissement favorable, en étouffant toutes initiatives juridiques susceptibles de décourager les EMNs ou de les empêcher d'exercer en toute quiétude leurs activités sur les territoires nationaux. Face à ce contexte national souvent défavorable aux recours judiciaires contre les EMNs, les efforts des victimes pour obtenir réparation s'orientent alors généralement hors des frontières des États d'accueil, vers des États étrangers.

Afin d'accroître les possibilités de succès, les victimes s'engagent alors dans une sorte de *forum shopping* où elles doivent choisir, dans un jeu de carte assimilable à une loterie, le for susceptible d'accueillir leur recours et de leur octroyer des réparations. Le for américain reste à l'heure actuelle le plus prisé, principalement, en raison de l'existence de l'*Alien Tort Claim Act* (ATCA), une loi ancienne qui semble de prime abord permettre, du moins dans une certaine mesure, aux victimes de violations des droits humains d'intenter des actions civiles en réparation contre les acteurs privés, dont des EMNs aux États-Unis. L'étude de la genèse et de la mise en œuvre contemporaine de l'ACTA permettra de démontrer que s'il s'agit d'une loi porteuse de grandes ambitions (Section I), ses réalisations dans la sphère de la réparation demeurent toutefois encore modestes et extrêmement limitées à la lumière des dernières affaires impliquant la responsabilité des EMNs pour des violations des droits humains (Section II).

²¹³ Benoit FRYDMAN et Ludovic HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », (2009) 77 *Rev. trim. dr. h.* 73, 85.

²¹⁴ Horatia MUIR WATT, « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain », (2003) 55 *RIDC* 883, 887.

Section I L'ATCA : un mécanisme récupéré au service de la protection des droits humains

Vieille de 225 ans, l'*Alien Tort Claim Act* est une loi dont l'usage a connu une ascension fulgurante ces dernières années devant le for américain. Adoptée au 18^e siècle, elle offre un puissant levier au contentieux en réparation pour les victimes de violations des droits humains en énonçant simplement ce qui suit : « The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States »²¹⁵. La loi qui offre des recours indemnitaires aux États-Unis aux victimes de violations de droits humains est décrite à la fois comme recours extraordinaire, et comme un facteur de perturbation et de trouble profond dans la mesure où elle est perçue comme une menace pour les autres souverainetés étatiques²¹⁶. Nous exposerons donc successivement la genèse et l'évolution de la loi (§1), avant d'examiner l'ATCA à l'aune de la compétence universelle (§2).

Paragraphe 1 Genèse et évolution de l'ATCA

Jusqu'à récemment, l'ATCA était envisagé comme l'une des avenues les plus prometteuses pour le développement du contentieux transnational en matière de violation des droits humains impliquant les acteurs privés non étatiques, notamment les EMNs²¹⁷. L'étude du contexte historique ayant mené à l'adoption de l'ATCA (1) permettra de mettre en exergue les évolutions ayant contribué à faire de la loi un instrument de protection des droits humains (2).

²¹⁵ *Alien Tort Claim Act*, préc., note 66, 28 USC, §1350, version révisée du Federal Judiciary Act , « The districts courts shall also have cognizance, concurrent with the courts of the several States, or the circuits courts, as the case may be, of all causes where an alien sues for a tort only in violation of the law of nations or a treaty of the United States », ch. 20, § 9 (b), 1 Stat. 73, 77 (1789). Les tribunaux fédéraux de première instance, en l'occurrence, les cours de districts sont compétentes pour juger les recours intentés au plan civil par des étrangers pour réparer tout délit commis en violation du droit des gens ou d'un traité ratifié par les États-Unis.

²¹⁶ Jean-François FLAUSS, « Les droits des victimes selon l'Alien Tort Claims Act : Observation sur la compétence civile universelle », préc., note 101, p. 241.

²¹⁷ Richard MEERAN, « Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States », (2011) 3 *City University of Hong Kong Law Review* 1, 3.

1. Contexte historique de l'adoption de l'ATCA

L'origine et les intentions véritables entourant l'adoption de l'ATCA par Résolution du Congrès américain en 1789 demeurent toujours sujettes à controverse²¹⁸. Si les yeux du monde se tournent aujourd'hui pour scruter la portée de chaque décision du for américain lorsque des recours concernant la responsabilité des EMNs sont intentés en vertu de l'ATCA, il n'en a pas toujours été ainsi. Instituée le 24 septembre 1789 dans la section du *Judiciary Act* définissant les compétences des juridictions fédérales, la loi bicentenaire avait comme vocation première de réprimer certaines violations au droit des nations ou des traités auxquels sont parties les États-Unis, en l'occurrence dans les cas liés aux prémisses originelles de la responsabilité privée, dans les affaires de piraterie et de la traite des esclaves²¹⁹. Après leur indépendance, les États-Unis démarrent leur existence comme un État usurpateur et rebelle²²⁰. L'existence même de ce pays étant alors perçue comme une menace implicite pour les régimes politiques des autres pays, les autorités américaines de l'époque ont ainsi éprouvé le besoin de sécuriser et d'asseoir la légitimité de la nation naissante, afin d'éviter un isolement ou une invasion²²¹. Virgile Renaudie avance la thèse selon laquelle l'ATCA serait en réalité :

« [...] Un geste des fondateurs pour calmer les craintes européennes de voir les États-Unis devenir un repaire de pirates. Il ne serait alors qu'un instrument de politique étrangère, servant également à régler certains litiges entre étrangers, loin de leur patrie d'origine, ayant subi un préjudice et qui jusqu'alors ne pouvaient en obtenir réparation devant les juridictions du tout jeune État »²²².

Isabelle Moulier pour sa part énonce que l'adoption de l'ATCA représentait un compromis entre les fédéralistes et les antifédéralistes, qui voulaient assurer l'unité de la politique

²¹⁸ Pour une étude détaillée de la question voir William S. DODGE, « The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the "Originalists" », (1996) 19 *Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.* 221.

²¹⁹ Terry COLLINGSWORTH, préc., note 163, p. 699. Voir aussi WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England (1765-1769)*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979. La loi a été utilisée pour la toute première fois dans le cas de commerce d'esclave et des actes de piraterie, voir par exemple l'affaire *Bolchos v. Darrel*, 3 F. Cas. 810 (D.S.C. 1795).

²²⁰ Eric ENGLE, « *Kiobel V. Royal Dutch Petroleum Co.: Corporate Liability Under The Alien Torts Statute* », (2012) 34 *Houston Journal of International Law* 499, 515.

²²¹ Virgile RENAUDIE, « Les USA pays des droits de l'homme ? Un instrument universel de protection des droits de l'homme méconnu: le US alien tort claim act », (2004) 3 *RIDC* 603, 605.

²²² *Id.* Dans le même sens, William Blackstone avance que « the statute's language, history, and purposes suggest that the statute was to be a weapon in the "war" against those modern pirates who, by their conduct, have "declar[ed] war against all mankind », W. BLACKSTONE, préc., note 219.

étrangère de la nation émergente sur la scène internationale. L'objectif poursuivi étant en réalité de confier la gestion des relations extérieures, ou encore la solution des questions à caractère international, aux tribunaux fédéraux, réputés plus aptes que les tribunaux fédérés à assurer un traitement diligent et favorable des affaires dans lesquelles un ressortissant étranger pouvait être impliqué²²³. De surcroît, aucun risque susceptible de déboucher sur une crise internationale ne voulait être pris par les législateurs concernant la protection et le droit à réparation des agents diplomatiques ou consulaires qu'aucune loi interne ne préservait spécifiquement à l'époque. À cet égard, deux affaires majeures impliquant le consul général de France aux États-Unis en 1784 et l'ambassadeur des Pays-Bas en 1787 auraient ainsi conduit à l'adoption de l'ATCA²²⁴. Par ailleurs, la loi aurait aussi eu pour but d'éviter que la responsabilité internationale des États-Unis ne soit engagée dans un potentiel conflit lié à la protection diplomatique des ressortissants étrangers victimes de violations des normes internationales. Le déni de justice serait ainsi évité d'une part pour les victimes et les tensions et les crises internationales entre les pays écartées d'autre part²²⁵.

Ultimement, un dernier courant minoritaire s'accorde pour avancer que l'adoption de l'ATCA aurait pour vocation finale d'accorder une voie de recours judiciaire aux victimes de violations du droit international, quelque soit le lieu de leur survenance²²⁶. Pour ces auteurs, il semble manifeste qu'en créant la loi, les intentions du Congrès aient donc été de fournir « a unique and powerful means of vindicating human rights abuses that occurred overseas. Congress understood that application of the ATS to this purpose might cause some friction in US foreign relations but believed that such tension was a “small

²²³ *Id.*, p. 132.

²²⁴ Le Consul Marbois fut victime d'une agression à Philadelphie par l'un de ses compatriotes, que la Cour suprême de Pennsylvanie condamna finalement pour délit du droit des gens après de longues tournures judiciaires. Voir *Respublica v. DeLongchamps*, 1 U.S. (1 Dal.) 111, 1 L. Ed. 59 (1784). Dans la deuxième affaire, un agent de police fut jugé et condamné par les juridictions du comté de New York pour avoir procédé sans autorisation à l'arrestation d'un domestique au domicile de l'ambassadeur des Pays-Bas, M. Van Berckel. Pour les faits détaillés voir William S. DODGE, préc., note 218, p. 229 et 230.

²²⁵ Le déni de justice serait assimilable selon Isabelle Moulrier à une forme caractéristique de l'acte illicite international, résultant d'un manquement de l'État à ses devoirs de protection judiciaire envers l'étranger, dans « Observations sur l'Alien Tort Claims Act et ses implications internationales », (2003) 49 *Annuaire Français de Droit International* 129, 133.

²²⁶ *Id.*

price to pay” for justice of this magnitude »²²⁷. Cette loi corroborerait ainsi la volonté du gouvernement américain de démontrer l’engagement des États-Unis pour une application ferme des normes internationales et pour le respect des obligations de protection et de réparation propres au droit international²²⁸.

On peut donc comprendre l’engouement récent des victimes qui envisagent ce canal comme un moyen ultime d’obtenir des réparations, puisque tel que démontré précédemment aucun instrument international n’offre à l’heure actuelle un droit d’action dans le monde comparable à celui de l’ATCA. La loi accorde donc un traitement juridique préférentiel aux ressortissants étrangers en leur permettant d’engager des actions civiles devant les tribunaux américains afin d’obtenir réparation²²⁹. La genèse de la création de l’ATCA qui reste floue et sujette à moult spéculations laisse toutefois penser qu’elle était destinée à mener une croisade contre les violations les plus graves des droits fondamentaux, et « il semble qu’une volonté de créer un monde nouveau plus juste, où les atteintes aux droits des hommes seraient sanctionnées, en constituait l’esprit. L’influence des idées des Lumières y est largement perceptible. »²³⁰.

Cependant l’ATCA ne suscite pas pour autant une grande liesse chez les victimes de violations graves de droits humains. Pour preuve, la loi n’est évoquée que dans une vingtaine d’affaires avant les années 1980, les toutes premières ayant essentiellement trait à des affaires de piraterie et d’esclavage²³¹. Ce n’est qu’au tournant des années 1980 que la loi a été dépoussiérée pour être utilisée comme un instrument moderne pour des affaires de violations des droits fondamentaux grâce à l’affaire *Filártiga*.

2. Un instrument moderne dans la consécration de la protection des droits humains

Si l’ATCA fut longtemps reléguée aux oubliettes, le mouvement majeur qui lui a donné une deuxième vie fut impulsé par Peter Weiss, un avocat du Centre pour les droits

²²⁷ Daniel PRINCE, « Corporate Liability for International Torts: Did the Second Circuit Misinterpret the Alien Tort Statute? », (2012) 8 *Seton Hall Circuit Review* 43, 90.

²²⁸ *Id.*, Isabelle MOULIER, préc., note 225.

²²⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 725 (2004).

²³⁰ Virgile RENAUDIE, préc., note 221, p. 605.

²³¹ *Bolchos v. Darrel*, 3 Fed. Cas. 810 (D.S.C 1795); *United States v. Smith*, 18 U.S. (5 Wheat.) 153, 5 L. Ed. 57 (1820), I. MOULIER, préc., note 228, p. 134. Voir dans le même sens, C. RANDALL, « Federal Jurisdiction over International Law Claims », (1985) *NYUJ Int’l L & P* 1, 4.

constitutionnels de New York et son équipe dans l'affaire *Filártiga*²³². En 1979, la famille Filártiga de nationalité paraguayenne et résidente aux États-Unis engagea une action devant le for américain contre Norberto Pena-Irala, un ancien responsable de la police paraguayenne installé aux États-Unis, pour avoir soumis à la torture et assassiné le fils Filártiga, alors âgé de 17 ans²³³. Le 15 mai 1979, le tribunal fédéral de première instance de New York rejeta la requête aux motifs que les faits reprochés ne constituaient pas une violation du droit des gens au sens de l'ATCA²³⁴. Toutefois, en 1980 la Cour d'appel fédérale du deuxième circuit de New York jugea le recours recevable et les juges condamnèrent sur le fondement de l'ATCA l'ancien officier de police paraguayen, au paiement de 10,4 millions de dollars en dommages-intérêts²³⁵, statuant que :

« Among the rights universally proclaimed by all nations, as we have noted, is the right to be free of physical torture. Indeed, for purposes of civil liability, the torturer has become like the pirate and slave trader before him *hostis humani generis*, an enemy of all mankind. Our holding today, giving effect to a jurisdictional provision enacted by our First Congress, is a small but important step in the fulfillment of the ageless dream to free all people from brutal violence. »²³⁶.

L'affaire *Filártiga* a été saluée par les défenseurs des droits humains, dans la mesure où elle a été l'aboutissement d'une démarche interprétative très ambitieuse de l'ATCA. En effet, les juges ont admis sans ambiguïté que les tribunaux devaient interpréter les faits à la lumière du droit international non pas comme il était appliqué en 1789, mais en tenant compte de l'évolution et de l'acceptation du droit international parmi les nations du monde

²³² Olivier De SCHUTTER, « Les affaires Total et Unocal: complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme », (2006) 52 *Annuaire français de droit international* 55, 62.

²³³ Le docteur Filártiga était un opposant politique au régime autoritaire du général Alfredo Stroessner établi au Paraguay depuis les années 50. En signe de représailles contre son zèle politique, la police a arrêté en 1976 son fils âgé de 17 ans Joelito Filártiga qui fut torturé à mort. Après avoir tenté sans succès plusieurs actions en justice au Paraguay contre l'inspecteur de police Américo Norberto Peña Irala auteur présumé des actes de torture, la famille a porté l'affaire aux États-Unis. *Filártiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980).

²³⁴ Le tribunal a par ailleurs estimé que même si l'interdiction de la torture était devenue une norme du droit international coutumier, le tribunal était tenu de suivre le courant jurisprudentiel, qui limitait étroitement à cette époque la fonction du droit international aux relations entre États. Center for Constitutional Rights, *Filártiga v. Peña-Irala*, Synopsis, en ligne: <<https://ccrjustice.org/ourcases/past-cases/fil%C3%A1rtiga-v.-pe%C3%B1-irala>>, (dernier accès le 23 mars 2014).

²³⁵ *Filártiga v. Pena-Irala*, 577 F. Supp. 860 (E.D.N.Y.1984).

²³⁶ *Filártiga v. Pena-Irala*, 630 F.2d 876, 890 (2d Cir. 1980).

au moment du jugement des faits²³⁷. Cette thèse avait d'ailleurs été suggérée par le Département d'État et le Département de Justice américain qui présentèrent un mémoire à la Cour d'appel du deuxième circuit afin de plaider en faveur d'une interprétation contemporaine de l'ATCA pour permettre la condamnation de l'ancien officier pour les actes de torture allégués²³⁸. Le pivot central de cette décision étant la reconnaissance de la torture comme une violation du droit international coutumier²³⁹, la décision a officiellement ouvert la voie à une utilisation moderne de l'ATCA pour les recours fondés sur les violations des droits de la personne.

Dans son sillage, la décision de la Cour a ainsi consacré la responsabilité civile d'agents publics ou de fonctionnaires étatiques pour des actes de torture ou de meurtre commis au nom d'un pouvoir réel ou apparent, sous le couvert de la loi d'un pays étranger dans l'exercice de leurs fonctions avec les prérogatives de la puissance publique²⁴⁰. L'ATCA a ainsi permis de consacrer la responsabilité civile de personnes privées coupables de violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. Elle a aussi permis la naissance de recours contre certaines autorités étatiques qui sont le plus souvent protégées par le jeu des immunités. À cet égard, des recours furent intentés à l'encontre des chefs politiques de certains pays, notamment des Philippines²⁴¹, d'Haïti²⁴², de la Bosnie²⁴³ et du Zimbabwe²⁴⁴. Les juridictions américaines se sont déclarées compétentes pour statuer sur l'action civile introduite pour obtenir des réparations dans des cas de torture, de disparitions forcées, de détentions arbitraires et d'exécutions

²³⁷ *Filartiga v. Peña-Irala*, préc., note 235, « It is clear that courts must interpret international law not as it was in 1789, but as it has evolved and exists among the nations of the world today », p. 881.

²³⁸ *Memorandum for the United States, Court of Appeals for the Second Circuit in Filartiga v. Peña-Irala*, No. 79-6090, 1980 WL 34016.

²³⁹ *Filartiga v. Peña-Irala*, « Construing this rarely-invoked provision [28 USC § 1350], we hold that deliberate torture perpetrated under color of official authority violates universally accepted norms of the international law of human rights, regardless of the nationality of the parties. Thus, whenever an alleged torturer is found and served with process by an alien within our borders, § 1350 provides federal jurisdiction », 630 F.2d 876, 878.

²⁴⁰ Virgile RENAUDIE, préc., note 230, p. 607.

²⁴¹ *F. E. Marcos*, 978 F. 2d 493, 501 (9th circuit 1992).

²⁴² *Lafontant v. Aristide*, 844 Fed. Supp. 128 (Eastern dist. N. Y. 1994).

²⁴³ *Kadic v. Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir.1995).

²⁴⁴ *Tachiona v. United States*, 386 F.3d 205 (2004).

extrajudiciaires²⁴⁵. De même, des affaires ont aussi été intentées par des victimes de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et de génocide contre des personnes ayant agi à titre privé ou sous le couvert de leurs fonctions²⁴⁶. Ces recours ont, toutefois, connu un succès mitigé dans la mesure où dans certaines affaires les victimes ont obtenu des condamnations et des réparations²⁴⁷, alors que dans d'autres cas, les recours ont été rejetés pour des raisons liées aux souverainetés ou aux immunités²⁴⁸.

Sur le plan normatif, l'ATCA a permis de nourrir une réflexion ayant mené à l'adoption de la *Torture Victims Protection Act* (TVPA) par le Congrès américain, le 12 juin 1992²⁴⁹. Cette loi autorise les actions civiles en dommages-intérêts dans les cas de violations telles que des actes de torture ou des exécutions extrajudiciaires. Si la TVPA a comme vocation de compléter l'ATCA²⁵⁰, son application se limite toutefois aux deux catégories de violations énoncées, dans les cas où elles sont perpétrées « under the colour of law ». Il s'agit donc des actes commis par un fonctionnaire étranger agissant avec « une autorité réelle ou apparente, ou sous couvert de la loi, de toute nation étrangère »²⁵¹. La TVPA se distingue aussi de l'ATCA en ce qu'elle peut être invoquée tant par les citoyens américains que par des étrangers afin de leur permettre également d'obtenir des réparations pécuniaires contre les auteurs étrangers ou américains coupables de torture et/ou d'exécutions extrajudiciaires. De plus, la mise en œuvre de la TVPA est conditionnée par

²⁴⁵ Respectivement, *Doe v. Lumintang*, (D.C.D.C CV 0064), 10 septembre 2001, *Forti v. Suarez-Mason*, 694 F. Supp. 707 (N.D. Cal.) 1988, *Xuncax v. Gramajo*, 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995), *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F. Supp. 1531 (N.D. Cal. 1987).

²⁴⁶ *Kadic v. Karadzic*, 70 F. 3d 232 (2d Cir. 1995), Jean Bosco Barayagwiza, ordonnance du 8 avril 1996, U.S. District Court for the Southern District of New York, U.S. Dist. Lexis 4409.

²⁴⁷ Dans l'affaire Marcos par exemple, les ayants droit de l'ancien dictateur philippin ont été condamnés à verser plus de deux milliards de dollars aux demandeurs, *In re Estate of Ferdinand Marcos Human Rights Litigation*, 910 F. Supp. 1460 (D. Haw. 1995).

²⁴⁸ *Tachiona v. Mugabe*, 386 F.3d 205 (2d Cir. 2004).

²⁴⁹ *Torture Victim Protection Act* (TVPA) 1991, Pub. L. No.102-256, 106 Stat. 73 (1992), article 2 « Establishment of Civil Action », (a), [a]n individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign action : a) subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual ; or b) subjects an individual to extrajudicial killing shall, in a civil action, be liable for damages to the individual's legal representative, or to any person who may be a claimant in an action for wrongful death ».

²⁵⁰ Isabelle MOULIER, préc., note 228, p. 138.

²⁵¹ *Id.*

l'épuisement des autres voies de recours internes²⁵² et elle se limite aux violations survenues dans un délai de dix ans²⁵³.

Le contexte juridique américain en matière de poursuites civiles des violations des droits de l'homme commises à l'étranger entre étrangers démontre une certaine prédisposition « pour répondre aux abus associés à la mondialisation »²⁵⁴. De façon large, l'ATCA a contribué à donner accès aux juridictions américaines aux victimes étrangères.

L'affaire *Filártiga* a dévoilé des aspects qui relèvent d'une forme de régulation juridique transnationale aisément comparable à l'exercice d'une juridiction universelle par le juge américain. En permettant aux victimes étrangères de crimes les plus graves commis hors des États-Unis d'avoir accès à la justice américaine, entre autres pour obtenir des réparations pécuniaires, le for américain se fait ainsi fervent apôtre de la rhétorique de l'universalité de la protection des droits humains²⁵⁵. C'est en ce sens que l'ATCA offre au juge américain de jouer dans une certaine mesure un rôle majeur en matière de contentieux de violation des droits humains.

Paragraphe 2 L'ATCA à l'aune de l'universalité dans la protection des droits humains

En matière de violations des droits humains, les évolutions normatives tendent à aménager l'accès des victimes aux tribunaux pour faire entendre leurs causes afin qu'elles reçoivent des réparations d'ordre pécuniaire. Dans ce contexte, la réparation pécuniaire apparaît comme l'un des moyens les plus usités pour satisfaire le besoin de réparation des victimes de violations²⁵⁶. La multiplication des recours en responsabilité civile contre les EMNs ces dernières années devant le juge américain conforte l'idée selon laquelle l'ATCA pourrait être un outil destiné à la lutte contre l'impunité des EMNs (1). De façon plus large, cette ouverture du for américain et ses particularités permettent de faire certains rapprochements

²⁵² Article 2 (b) de la TVPA : « Exhaustion of remedies —A Court shall decline to hear a claim under this section if the claimant has not exhausted adequate and available remedies in the place in which the conduct giving rise to the claim occurred »

²⁵³ Article 2 (c) du TVPA: « Statute of Limitations - No action shall be maintained under this section unless it is commenced within ten years after the cause of action arose ».

²⁵⁴ Ruti TEITEL, « L'« alien tort » et l'état de droit mondial », (2005) 3 *Revue internationale des sciences sociales* 597, 601.

²⁵⁵ Horatia MUIR WATT., préc., note 214, p. 888.

²⁵⁶ Ruti TEITEL, préc., note 254, p. 603.

et d'envisager l'ATCA comme une loi de compétence civile universelle à dimension inachevée (2).

1. Une loi récupérée au service de la lutte contre l'impunité des EMNS

La réactivation de l'ATCA a principalement contribué à un développement exponentiel du contentieux impliquant les entreprises puisque ces dernières années les victimes des violations des droits humains ont multiplié les recours pour faire reconnaître la responsabilité civile des EMNs devant les juges américains.

À cet égard, plusieurs victimes ont réussi à avoir accès à la justice américaine pour intenter des recours contre des EMNs, à l'orée des années 1990. Les recours impliquaient aussi bien des entreprises actives dans le secteur minier²⁵⁷, agroalimentaire²⁵⁸, pétrolier²⁵⁹, pharmaceutique²⁶⁰, ou les entreprises actives dans le champ de la communication²⁶¹. Compte tenu du volume important du contentieux impliquant les entreprises, il nous est impossible d'aborder chacune des affaires ayant été intentées sur la base de l'ATCA. Nous limiterons par conséquent nos propos aux références les plus proches de notre objet d'étude, en mettant un relief particulier sur les affaires touchant au droit du travail. Néanmoins, la jurisprudence relative à la question étant en pleine mouvance, il est également possible de mentionner de façon incidente des affaires touchant des enjeux plus vastes dans la protection des droits humains.

L'une des premières affaires intentées²⁶² en vertu de l'ATCA à l'encontre d'une EMN et qui a connu un écho majeur impliquait l'entreprise UNOCAL, qui était accusée d'avoir commis des violations graves des droits humains en Birmanie dans le cadre du projet de

²⁵⁷ *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011), *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman*, 582 F.3d 244, 258–59 (2d Cir.2009).

²⁵⁸ *Sinaltrainal v Coca-Cola* 578 F 3d 1252, 1263 (11th Cir 2009).

²⁵⁹ *Aguinda v. Texaco, Inc.* (Aguinda III), 303 F.3d 470, 480 (2d Cir. 2002), *Bowoto v. Chevron Corp.*, 621 F.3d (9th Cir. 2010), *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011).

²⁶⁰ *Abdullahi v. Pfizer, Inc.*, 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009).

²⁶¹ *Wang Xiaoning v. Yahoo !, Inc.*, No. C07-02151 (N.D. Cal. Nov. 13, 2007).

²⁶² La première affaire *Aguinda v. Texaco* dans laquelle des citoyens équatoriens et péruviens ont déposé une plainte collective sur le fondement de l'ATCA contre la compagnie pétrolière Texaco, mettant en cause sa responsabilité pour les dommages à l'environnement lors de ses activités pétrolières dans la région intentée en 1994 sera largement abordée dans le chapitre suivant, No 93 Civ. 7527 (VLB), U.S. District LEXIS 4718 (S.D.N.Y. Apr. 11, 1994), adh. by, 850 F. Supp. 282 (S.D.N.Y 1994), dis.by, 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996), 303 F. 3d 470 (2d Cir. 2002).

construction d'un gazoduc. En l'espèce, le recours fut intenté le 3 octobre 1996 devant le tribunal fédéral de première instance de Californie par les victimes qui alléguaient que l'entreprise s'était rendue complice de la junte birmane qui aurait eu recours au travail forcé et la torture lors de la construction du gazoduc. Jusqu'alors il était juridiquement complexe pour les victimes d'intenter des actions contre les entreprises, qui semblaient être à l'abri de toute poursuite judiciaire aussi bien au niveau international, qu'au niveau interne. Après la décision des juges de première instance accueillant favorablement les arguments d'Unocal plaidant pour un non-lieu au regard de la faiblesse des preuves, les juges de la cour d'appel du neuvième circuit de Californie ont pris une position avant-gardiste en 2002 en affirmant que la responsabilité civile d'UNOCAL pouvait être engagée devant les juridictions fédérales américaines pour s'être rendue complice avec la junte birmane en recourant au travail forcé qui constituait une forme moderne d'esclavage²⁶³. Cette décision a eu des échos retentissants, et bien que le contentieux entre Unocal et les victimes se soit finalement clos par voie transactionnelle²⁶⁴, le raisonnement suivi par les juges d'appel concernant la possibilité de condamner l'EMN a contribué à créer un engouement majeur pour l'ATCA chez les activistes militant pour la protection des droits des victimes contre les EMNs.

Au fil des années suivant cette décision, l'ATCA a contribué à des avancées majeures dans le contentieux impliquant les EMNs en permettant l'accès des victimes étrangères au for américain pour y porter des causes variées. Dans cette lancée, des affaires touchant le contentieux des biens et avoirs des victimes de l'Holocauste²⁶⁵, l'apartheid²⁶⁶, ou le travail forcé durant la Deuxième Guerre mondiale²⁶⁷ ont pu être portées devant les tribunaux

²⁶³ Voir *Doe v. Unocal*, 27 F Supp 2d 1174 (CD Cal 1998) et *Doe I v. Unocal Corp*, 395 F.3d 945 (9th Cir. 2002).

²⁶⁴ Un accord a été trouvé en 2005 entre Unocal et les représentants des victimes. Les termes du règlement n'ont pas été officiellement dévoilés, toutefois il a été mentionné qu'une somme de 30 millions de dollars U.S. aurait été versée pour la compensation des victimes, en plus de contribuer à la création d'un fonds destiné à améliorer les conditions de vie sur le plan de la santé et de l'éducation des populations birmanes installées autour du gazoduc, voir O. DE SCHUTTER, préc., note 232, p. 64.

²⁶⁵ *Friedman v. Union Bank of Switzerland*, n° 96-5161, Eastern District of New York, Complaint, 21 octobre 1996 ; *Weisshaus v. Union Bank of Switzerland* n° 96-4849, Eastern District of New York, Amended Complaint, 24 janvier 1997.

²⁶⁶ *S. African Apartheid*, 617 F. Supp. 2d 228, 254 (S.D.N.Y. 2009), *Khulumani v Barclay National Bank*, 504 F 3d 254 (2nd Cir, 2007).

²⁶⁷ *Iwanowa v. Ford Motor Co.*, 67 F. Supp.2d 424, 445 (D.N.J. 1999), *In re World War II Era Japanese Forced Labor Litigation*, 164 F.Supp.2d 1160, 1179 (N.D.Cal.2001).

américains. Bien plus, l'ATCA a dans une certaine mesure contribué au débat sur des questions qui ont eu un grand impact sur les pratiques globales en matière de travail²⁶⁸. Dans ce sens, plusieurs entreprises ont été amenées à améliorer les normes qu'elles appliquaient en matière de travail afin d'éviter le battage médiatique et la mauvaise publicité découlant de la judiciarisation des affaires dans lesquelles elles étaient impliquées.

L'élargissement du champ de compétence des affaires et la possibilité pour le juge d'exercer sa compétence dans des affaires impliquant des victimes étrangères contre les EMNs exerçant à l'étranger positionne l'ATCA comme une loi de compétence universelle à géométrie variable et à portée limitée.

2. L'ATCA comme idéal inachevé d'un modèle de compétence civile universelle

Théoriquement, la compétence civile universelle est l'aptitude dont peuvent disposer les tribunaux étatiques pour juger un litige dont les faits se sont déroulés à l'étranger et octroyer des réparations pécuniaires, quelque soit le lieu de l'infraction et la nationalité de son auteur ou celle de la victime²⁶⁹. L'ATCA pourrait constituer en ce sens le modèle le plus achevé en matière de compétence civile universelle, du moins si l'on s'en tient à sa formulation textuelle. Il est vrai qu'au niveau doctrinal, le débat reste entier sur la question de l'universalité et de l'extraterritorialité en matière de compétence civile²⁷⁰. Si aucun traité international n'aborde expressément la question de la portée du pouvoir des juges nationaux en matière de compétence civile universelle, pour Hervé Ascencio, il est possible de trouver un fondement pour l'exercice de la compétence universelle en matière civile

²⁶⁸ Voir en ce sens Jessica BERGMAN, « The Alien Tort Statute and *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*: The Key to Change in Global Child Labor Practices? », (2011) 18 *Indiana University Maurer School of Law* 455, 459 et 467.

²⁶⁹ Jean SALMON, (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.212, Ce principe matérialise la maxime latine : « *ubi te invenero, ibi te judicabo* : où je t'ai trouvé, je te jugerai ». Le but est de consacrer l'universalité du droit de punir. C'est au 16ème siècle que le principe de compétence universelle apparaît pour la première fois en droit international pour les crimes de piraterie commis en Haute Mer. Mais après la Seconde Guerre Mondiale en 1945, l'adoption des Conventions de Genève ouvre la voie à la répression universelle des violations graves des droits humains.

²⁷⁰ R. TEITEL, préc., note 256, p. 606.

dans le droit international coutumier²⁷¹. Gerald Fitzmaurice pour sa part avance qu'en droit international:

« In the field of civil jurisdiction on the other hand, the danger, or potential danger, has been felt to be the exact opposite - not that the states would try to assume too extensive a jurisdiction, but that, in cases involving a foreign element, their courts would manifest a reluctance to deal with the matter, and that there would be a tendency to decline jurisdiction or refuse to take cognizance of the case. International law therefore guards against this, *not by any delimitation of the respective spheres of State competence in this field*, with resulting restrictions and limitations on the sphere of each State; but by postulating a *positive international duty on States to maintain and apply*, in favour of foreigners as well as of nationals, an adequate legal system and administration of justice, and to afford due protection to the rights and interests of foreigners in their territories, including rights having a foreign origin or character.»²⁷²

Dans la mesure où aucune règle de droit international ne restreint donc les capacités étatiques quant à la détermination par un État de sa compétence judiciaire en matière civile, le fait que les juges américains puissent se saisir d'un litige à caractère extraterritorial ne constituerait en principe pas une violation de la souveraineté des autres États au sens du droit interétatique²⁷³. De ce fait, l'exercice de la compétence civile démontre à quel point l'idée de réparation judiciaire est au centre du droit mondial²⁷⁴ et rejoint l'ambition affichée par les *Principes directeurs de l'ONU* de Ruggie qui est de favoriser l'accès à la justice et la réparation par les procédures judiciaires. Le but de la compétence civile universelle serait donc de remédier aux violations graves universellement reconnues²⁷⁵ en transcendant les limites usuelles de juridiction dans le temps et dans l'espace pour réparer toute infraction qualifiable de « dommage à l'humanité »²⁷⁶. La pièce maîtresse de cette aptitude résiderait ainsi dans les règles de compétence internationale étendues du droit américain²⁷⁷. Examinée sous cet angle, la compétence du juge américain reposerait idéalement sur

²⁷¹ Hervé ASCENCIO, préc., note 61, voir également M. AKEHURST, *A Modern Introduction to International Law*, 6ème éd., Londres, Harper Collins Academic, 1992, « [...] international law does not seem to impose any restrictions on the jurisdiction of courts in civil cases ; it restricts jurisdiction only in criminal cases », p. 105.

²⁷² Gerald G. FITZMAURICE, « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », (1957) 92 *RCADI* 1, 219 et 220.

²⁷³ J.-F. FLAUSS, préc., note 216, p. 242.

²⁷⁴ R. TEITEL, préc., note 270, p. 602.

²⁷⁵ V. RENAUDIE, préc., note 240, p. 612.

²⁷⁶ R. TEITEL, préc., note 274, p. 600.

²⁷⁷ H. MUIR WATT, préc., note 255, p. 896.

l'extension du principe de l'extraterritorialité et sur la privatisation du contentieux des droits humains²⁷⁸. D'une part l'extraterritorialité permet en effet à travers un ordre juridique d'appréhender des situations survenues au-delà des frontières de l'État²⁷⁹. Un parallèle peut aisément être fait entre les pirates de l'époque et les entreprises, en ce sens que ces dernières opèrent généralement hors des frontières de leurs États ce qui rend malaisé l'encadrement de leur conduite²⁸⁰, d'où l'intérêt de l'ATCA qui pourrait régir ces situations d'extraterritorialité.

D'autre part, la privatisation du contentieux des droits humains résulterait de la multiplication des recours civils par les victimes qui intentent des actions hors des pays où surviennent les violations et parce que malgré leur statut d'acteur privé, les EMNs sont désormais appelées à répondre à des violations qui relevaient jadis de la sphère d'action des l'État et du droit public²⁸¹. Toutefois, il faut reconnaître que si la compétence universelle est bien établie dans la théorie, elle est extrêmement rare en pratique²⁸². C'est dans ce sens qu'Ernest Young affirme que « the United States has not generally gone in for the sort of universal jurisdiction provided for and occasionally practiced in Western Europe. We have, however, developed our own uniquely American practice of universal jurisdiction under the ATS. »²⁸³. L'illustration la plus achevée du potentiel que recèle l'ATCA reste pour le moment le contentieux de l'Holocauste qui a permis à bon nombre de victimes d'obtenir des réparations pécuniaires²⁸⁴. Néanmoins, il ne faut pas s'attendre à plus d'ouverture en matière de compétence civile dans la mesure où, même en matière pénale, la compétence universelle souffre déjà de nombreuses limitations. On n'a qu'à rappeler ici les nombreuses contestations nourries autour de la loi belge sur la compétence universelle²⁸⁵ et les réticences suscitées par le Statut de Rome.

²⁷⁸ J.-F. FLAUSS, préc., note 273, p. 240.

²⁷⁹ Jean SALMON, préc., note 269, p. 211.

²⁸⁰ R. TEITEL, préc., note 276, p.605

²⁸¹ *Id.*, p. 601-602.

²⁸² Ernest A. YOUNG, « Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public Law Litigation after Kiobel », (2014) *Duke University - School of Law*, en ligne : <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2409838>>, (Site consulté le 14 mars 2014), p. 40.

²⁸³ *Id.*, p. 11.

²⁸⁴ Pour un aperçu complet sur le sujet, voir H. MUIR WATT, préc., note 277. p. 883-901.

²⁸⁵ Loi du 5 août 2003 relative à la répression des infractions graves, *supra* p. 16 et 17.

En relation avec ce qui précède, il apparaît que l'ATCA a permis au fil des années que les victimes aient accès à la justice américaine pour faire valoir leur droit à réparation. Pour ces dernières, l'ATCA porte en elle un idéal ambitieux dans la mesure où le statut permettrait de contester les violations commises par les acteurs d'une nature différente des États. La loi constitue également dans une certaine mesure un palliatif aux lacunes des juridictions nationales et internationales sur la question des poursuites judiciaires contre les EMNs. En tout état de cause, si l'accès aux cours nationales américaines par le biais de l'ATCA a ouvert un nouveau canal, ce dernier reste très étroit, comme nous le verrons plus loin, puisqu'il a été ouvert pour la résolution d'une catégorie somme toute limitée de litiges concernant les violations des droits humains²⁸⁶. Il faut alors admettre que la compétence civile universelle du juge américain est conditionnée et non pas absolue²⁸⁷, et l'on ne saurait dès lors ignorer les modalités procédurales et matérielles²⁸⁸ qui en déterminent sa mise en application et qui par là même altèrent toute ambition d'universalisation réelle de la compétence civile du juge américain. Au-delà de toutes les vertus positives de l'ATCA, le propos en appelle donc à quelques nuances.

Il faut se garder d'avoir une vision candide du for américain en s'interrogeant sur la légitimité de l'usage de l'ATCA par les juges américains²⁸⁹. D'une part, la possibilité que l'ATCA soit en réalité un instrument d'hégémonie soutenant la défense des standards juridiques américains a été évoquée à plus d'un titre. Jean-François Flauss rappelle à cet égard que les juridictions américaines sont avant tout des gardiennes de l'ordre constitutionnel et donc promotrices des intérêts américains. L'ATCA ne serait par conséquent que le véhicule transportant l'idéologie américaine des droits humains²⁹⁰. Horatia Muir, quant à elle, exprime plus vigoureusement ses doutes en affirmant que la puissance de l'attrait du modèle de justice américain résulte davantage de la vitrine spectaculaire qu'elle présente, qui est pourtant différente de la réalité des échecs cuisants

²⁸⁶ Christiana OCHOA, « Access to US. Federal Courts as a Forum for human rights disputes: pluralism and the Alien Tort Claims Act », (2005) 12 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 631, 650.

²⁸⁷ V. RENAUDIE, préc., note 275, p. 607.

²⁸⁸ La doctrine du *forum non conveniens*, les exigences de rattachement au for des entreprises, les principes relatifs au procès équitable et la question des immunités constituent des limites à l'exercice de la compétence universelle. Sur les immunités, voir United States Foreign Sovereign Immunities Act of 1976 (21 October 1976) 15 ILM 1388, J.-F., FLAUSS, préc., note 278, p. 246 et 247.

²⁸⁹ H. MUIR WATT, préc., note 277, p. 896.

²⁹⁰ J.-F. FLAUSS, préc., note 284, p. 254.

très souvent rencontrés par les recours des victimes²⁹¹. D'autre part, l'ATCA offre certes un droit d'accès aux juridictions américaines, mais elle ne garantit pas automatiquement que les recours après les phases préliminaires seront tranchés au fond, ou que les demandeurs seront dédommagés par les entreprises poursuivies²⁹². Force est en définitive de reconnaître que la portée réelle de cette loi doit être relativisée, tel qu'en témoignent ses résultats limités²⁹³.

SECTION II L'ATCA : une loi aux modestes réalisations

La loi américaine de 1789 a suscité et soulève toujours de grands espoirs chez les victimes venant d'autres pays, dans lesquels elles ne peuvent pas toujours avoir accès à la justice ou à des réparations effectives et efficaces. Toutefois, une lecture objective de la pratique judiciaire démontre qu'il est impossible d'assimiler l'ATCA à une loi donnant un droit de recours individuel, à caractère obligatoire et automatique²⁹⁴. À l'évidence, la portée considérable attribuée à l'ATCA doit nécessairement être relativisée et jusqu'à présent, l'issue des recours n'est pas de nature à répondre de façon satisfaisante aux attentes des victimes qui intentent des actions contre les EMNs sur la base de l'ATCA²⁹⁵. À l'appui de cette affirmation, on constate le nombre presque inexistant d'affaires dans lesquelles des entreprises ont été condamnées à réparer des victimes sur le fondement de l'ATCA. À ce jour, seulement deux jugements sur le fond ont condamné sous forme de dommages-intérêts pécuniaires des EMNs défenderesses²⁹⁶, et même dans ces cas, le succès est plutôt mitigé.

Dans la première affaire, un homme d'affaires bangladais M. Chowdhury, poursuivait l'entreprise Worldtel Bangladesh Holding, spécialisée dans la fourniture d'abonnement téléphonique, et son directeur général, le nommé Amjad Hossain Khan. Selon les faits allégués, l'entreprise et son directeur auraient eu recours à une unité

²⁹¹ H. MUIR WATT, préc., note 289, p. 900.

²⁹² FELLMETH et Aaron XAVIER, « *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in U.S. Courts?* », (2002) 5 *Yale Human Rights and Development Journal* 241, 242.

²⁹³ R. TEITEL, préc., note 281, p. 603.

²⁹⁴ J.-F. FLAUSS, préc., note 290, p. 239.

²⁹⁵ DEVA SURYA, *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, coll. «Routledge Research in Human Rights Law », London, New York, Routledge, 2012, p. 67.

²⁹⁶ *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd.*, 588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y. 2008) et *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, 584 F. Supp. 2d 1355 (S.D.Fla. 2008).

paramilitaire de la police nationale du Bangladesh qui aurait soumis M. Chowdhury à des menaces sous la torture physique du 5 au 12 novembre 2007 afin de lui faire céder le contrôle de son entreprise²⁹⁷. Le 22 avril 2008, un recours fut premièrement intenté devant la Cour du district de New York par le demandeur sur le fondement de l'ATCA et de la TVPA²⁹⁸. Les juges du second circuit rejetèrent la demande au motif que le demandeur n'avait pas allégué des faits suffisants pour établir la responsabilité des défendeurs pour leur complicité dans les actes de torture²⁹⁹. Le 5 janvier 2009, Chowdhury amenda son recours devant la même instance, alléguant cette fois-ci que les défendeurs s'étaient directement rendus coupables d'une conduite prohibée, en embauchant des policiers qui ont agi comme des agents, et qui ont commis des actes de torture³⁰⁰. Les juges du second circuit ont prononcé une nouvelle décision en faveur du demandeur le 4 août 2009 en condamnant pour torture en vertu de l'ATCA, l'entreprise Worldtel Bangladesh Holding à verser 1.5 million de dollars de dommages compensatoires à M. Chowdhury, pendant que M. Khan était condamné à verser 250.000 dollars de dommages-intérêts punitifs sur le fondement de la TVPA³⁰¹. Néanmoins la victoire fut de très courte durée puisque le 10 février 2014 (suite à la décision *Kiobel*) cette condamnation fut annulée par la Cour d'appel du district de New York qui a accueilli l'appel que les défendeurs avaient introduit le 15 février 2011 rejetant leur responsabilité pour les faits allégués par le requérant³⁰². Les juges ont estimé que le comportement donnant naissance à l'action avait eu lieu sur le territoire d'un État souverain hors des États-Unis et, par conséquent, ne pouvait pas former la base pour intenter un recours en vertu de l'ATCA³⁰³. Les juges ont toutefois confirmé la condamnation du directeur général sur le fondement de la TPVA, et ils ont renvoyé la cause au tribunal du second circuit.

²⁹⁷ Il faut préciser que les deux parties avaient le statut de résident permanent américain, voir *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd., Amjad Hossain Khan*, No. 09-4483-CV, 3, (E.D.N.Y. 2014).

²⁹⁸ *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding*, préc., note 296.

²⁹⁹ *Id.*

³⁰⁰ *Chowdhury v. WorldTel Bangladesh Holding, Ltd.*, No. 08-CV-1659 (E.D. N.Y. 2009).

³⁰¹ *Id.*

³⁰² *Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd., Amjad Hossain Khan*, No. 09-4483-CV (E.D.N.Y. 2014).

³⁰³ Les juges se sont appuyés sur la décision *Kiobel* rendue par la Cour Suprême en 2013, que nous étudierons en profondeur dans la seconde section de ce travail.

Dans la deuxième affaire, un jugement a été rendu par défaut contre l'entreprise de cale sèche Curaçao Drydock Co dans l'affaire *Licea v Curaçao Drydock Co*³⁰⁴. En l'espèce, trois citoyens cubains avaient déposé un recours en justice le 24 août 2006 sur le fondement de l'ATCA dans lequel ils accusaient l'entreprise Curaçao Drydock d'avoir conspiré avec la République cubaine pour les maintenir en captivité et les forcer à travailler en réparant des navires et des plateformes opérées par l'entreprise. L'entreprise s'est d'ailleurs désistée de sa défense pendant l'instruction de l'affaire et les juges de Miami devant qui était porté le recours ont finalement rendu un jugement favorable aux victimes le 31 octobre 2008³⁰⁵. Un montant total de 80 millions de dollars en dommages punitifs et compensatoires fut octroyé aux trois victimes³⁰⁶ par les juges qui ont souligné que Curaçao Drydock Co était tenu de réparer les victimes, puisque l'entreprise avait non seulement exercé ses activités dans une totale impunité, mais elle avait aussi réalisé un profit du travail forcé de plusieurs victimes depuis plus d'une quinzaine d'années.

Le constat est donc clair au regard de la faiblesse des recours intentés avec succès, il faut ainsi comprendre que lorsque les demandes n'ont pas été déboutées dès l'introduction de l'instance, la quasi-totalité des affaires introduites sur le fondement de l'ATCA n'a jamais abouti à une condamnation ferme des EMNs. La rareté des décisions en faveur des victimes peut surprendre quand on sait que le contentieux contre les EMNs étrangères et américaines n'a cessé de proliférer ces dernières années devant le for étatsunien. Il serait donc opportun dans le cadre de cette recherche d'examiner et de relever les faiblesses qui amoindrissent la portée de l'ATCA à la lumière des obstacles *ratione materiae* qui parsèment le chemin des victimes et qui empêchent une mise en œuvre sereine de l'ATCA (§1). Un décryptage minutieux de l'affaire *Kiobel* ayant récemment connu un dénouement devant la plus haute instance judiciaire américaine sera également nécessaire

³⁰⁴ *Licea v. Curaçao Drydock Co* 584 F. Supp . 2d 1355 (S.D.Fla. 2008).

³⁰⁵ Les juges ont d'ailleurs admis que : « Forced labor constitutes a violation of a well-established, universally-recognized norm of international law. It is widely recognized as one of the handful of serious claims for which the ATS provides jurisdiction in U.S. district courts regardless of where it occurred. It is a brutal offense condemned by the civilized world. This Court is compelled to act strongly to punish and deter it. », *Licea v. Curaçao Drydock Co.*, 584 F. Supp . 2d 1355 (S.D.Fla. 2008) : (Banc).

³⁰⁶ *Id.*, 1366.

afin d'évaluer la portée contemporaine de l'ATCA pour envisager les enjeux et des défis du droit à réparation au lendemain de ce jugement historique (§2).

Paragraphe 1 Les obstacles *ratione materiae* inhérents à l'ATCA

Les problématiques majeures liées aux nombreuses limites de la mise en œuvre de l'ATCA découlent en majorité de l'encadrement juridique précaire de la responsabilité des EMNs en matière de violations des droits humains. À cet écueil initial s'ajoutent aussi les obstructions qui résultent de la grande controverse qui règne tant au niveau des différents circuits que dans les milieux académiques au sujet des contours exacts de cette législation³⁰⁷. L'ATCA est en effet décrite comme floue et équivoque en particulier concernant les procédures et les modalités d'application de la loi, et en ce qui a trait aux droits couverts par le statut. Il nous est évidemment impossible de traiter dans le détail de tous les obstacles qui se rattachent à chacune des affaires portées devant les juridictions fédérales américaines sur le fondement de l'ATCA à l'encontre des EMNs. Nous centrerons davantage notre propos sur les cas ayant une incidence majeure sur l'interprétation ou l'application de l'ATCA. Nous évoquerons à cet effet dans un premier temps les obstacles qui découlent des ambiguïtés substantielles liées au champ d'application controversé de l'ATCA (1) avant d'examiner dans un deuxième temps les limites qui se rattachent à l'application de l'ATCA dans les cas de complicité pour des violations des droits humains par les EMNs (2).

1. Les ambiguïtés substantielles des promesses de l'ATCA

L'ATCA, rappelons-le s'applique uniquement pour des violations du droit des nations ou d'un traité auquel les États-Unis sont parties. Les requérants étrangers doivent démontrer l'existence d'une violation du droit international positif qu'il soit d'origine conventionnelle ou coutumière³⁰⁸. L'ambiguïté première de l'ATCA provient de l'imprécision de l'expression « Law of Nations » et l'une des difficultés à laquelle les juges américains font face lors de l'examen des recours en réparation est donc de circonscrire la notion. Certaines Cours avaient cautionné une interprétation strictement historique de la notion de « droit des

³⁰⁷ DEVA SURYA, préc., note 295.

³⁰⁸ I. MOULIER, préc., note 250, p.139, « The "law of nations" is generally equated with customary international law », voir *Flores v. Southern Peru Copper Corp.*, 414 F.3d 233, 237 (2d Cir. 2003).

nations » à l'effet qu'elle se limite aux infractions définies par le statut, en l'occurrence les actes de piraterie maritime, les cas de violations des privilèges et immunités des ambassadeurs et les violations des sauf-conduits³⁰⁹. En 2004, la Cour suprême des États-Unis a eu à se prononcer pour la première fois sur l'application de l'ATCA dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*³¹⁰ et elle a adopté une interprétation relativement étroite et stricte de ce statut. Dans cette affaire qui n'impliquait pas toutefois la responsabilité d'une entreprise, la Cour Suprême devait statuer sur le sens et la portée du droit des nations. En l'espèce, M. Alvarez-Machain, un médecin de nationalité mexicaine, était accusé de complicité par le gouvernement américain pour avoir participé au meurtre et à la torture d'un agent de la Drug Enforcement Administration des États-Unis en 1985. Dans l'incapacité de faire extraditer M. Alvarez, l'administration américaine collabora avec le citoyen mexicain José Sosa, qui l'arrêta et l'amena de force pour être jugé aux États-Unis³¹¹. M. Alvarez fut finalement acquitté, et il intenta à son tour un recours contre Sosa sur le fondement de l'ATCA au motif que sa détention arbitraire constituait une violation du droit des nations. La Cour suprême rejeta toutefois le recours et affirma que l'ATCA est une loi qui accorde une compétence juridictionnelle aux tribunaux fédéraux, sans créer un droit d'action sur le plan substantiel³¹². Les juges ont néanmoins admis qu'il n'était pas nécessaire que le pouvoir législatif prenne des mesures supplémentaires pour que les tribunaux américains donnent un accès aux étrangers dans les affaires intentées devant les tribunaux américains pour des violations au droit des nations ou des traités dûment ratifiés par les États-Unis³¹³. De plus, la Cour suprême rejette clairement le courant qui confine l'interprétation de la loi uniquement aux trois catégories de violations de l'époque de son édicition. Elle admet néanmoins que tout recours sur le fondement de l'ATCA doit se référer à une norme dont le contenu est bien défini et dont le niveau de reconnaissance parmi les nations civilisées est aussi élevé que les paradigmes historiques qui ont mené à l'époque à l'adoption de l'ATCA³¹⁴. Le droit des nations se compose ainsi des normes qui présentent un caractère de précision, d'universalité et qui sont obligatoires comme l'étaient à l'époque

³⁰⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, préc., note 229, 715.

³¹⁰ *Id.*, 692.

³¹¹ *Id.*, 697-699.

³¹² *Id.*, 724-25.

³¹³ *Id.*

³¹⁴ *Id.*, p. 2765.

la lutte contre les actes de piraterie, les violations de sauf-conduits et des immunités diplomatiques³¹⁵.

Il faut dès lors reconnaître que cette exigence de proximité des recours avec les actions en justice internationalement reconnues au dix-huitième siècle place *in fine* un lourd fardeau sur les épaules des victimes qui poursuivent les EMNs³¹⁶ et constitue une portée très réductrice comparativement aux évolutions du droit international contemporain³¹⁷. À cela s'ajoute la précaution dont doivent faire preuve les juges en catégorisant les violations relevant du droit des nations qui doivent aussi veiller à ce que les recours acceptés n'aient pas de conséquences sur les relations diplomatiques avec les États d'origine des EMNs impliquées dans ce genre de litige³¹⁸.

Il est aussi difficile de dégager de la jurisprudence des éléments uniformes qui permettent de définir clairement les éléments constitutifs de la violation du droit des nations. Si le concept semble couvrir une réalité large³¹⁹, l'interprétation juridique contemporaine de l'ATCA tend à restreindre en réalité les violations attribuables au *jus gentium*³²⁰. Les différents circuits ont adopté au fil des années des interprétations fluctuantes, différemment circonscrites et parfois même divergentes sur la question. À cet égard, dans une affaire impliquant une EMN, les juges ont affirmé que les tribunaux devant lesquels étaient portés les recours se fondant sur l'ATCA demeuraient libres de déterminer si des violations aussi larges que le travail des enfants ou le génocide culturel constituaient des violations du droit des nations³²¹. Une telle liberté est évidemment susceptible de créer des interprétations divergentes d'une cour à une autre. Ainsi, les juges du second circuit de New York qui ont tranché l'affaire *Unocal* ont affirmé que l'ATCA offrait un droit de recours aux victimes birmanes, au motif que le travail forcé, qui est une forme moderne

³¹⁵ Katja SONTAG, préc., note 207, p. 589-590.

³¹⁶ DEVA SURYA, préc., note 307, p. 71.

³¹⁷ Gregory LEWKOWICZ, « Droits de l'homme, droits du citoyen: les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne », dans J. ALLARD, G. HAARSCHER, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.1, à la page 24.

³¹⁸ *Sosa v. Alvarez-Machain*, préc., note 309, 728.

³¹⁹ DEVA SURYA, préc., note 316, p. 70.

³²⁰ J.-F. FLAUSS préc., note 294, p. 251.

³²¹ *Aguinda v. Texaco, Inc.*, préc., note 262.

d'esclavage, constitue une violation du droit des nations³²². Sur ce point, les juges ont énoncé que «[...] forced labor, like traditional variants of slave trading, is among the handful of crimes to which the law of nations attributes individual liability»³²³.

Dans l'affaire *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*³²⁴, par contre, les juges du neuvième circuit sont arrivés à une autre conclusion. La trame factuelle de cette affaire survenue au Libéria avant que le recours ne soit porté aux États-Unis se résume tel qui suit. En novembre 2005, un recours fut déposé contre l'EMN Firestone, une filiale de l'entreprise Bridgestone, producteur mondial de caoutchouc. Les demandeurs accusaient Firestone d'exploiter avec des méthodes esclavagistes la main-d'œuvre qu'elle employait sur sa plantation d'hévéas pour extraire des tonnes de caoutchouc au moyen d'outils et de substances potentiellement dangereux pour leur santé³²⁵. Installée depuis 1926, la plantation de Firestone, qui est la plus grande exploitation de caoutchouc au monde, fut créée après un accord entre l'entreprise et le gouvernement libérien. Le recours premièrement introduit en Californie fut transféré vers l'Indiana en 2006 devant les juges du septième circuit³²⁶. La requête du premier groupe de demandeurs constitué de travailleurs adultes qui alléguaient l'usage de travail forcé par la compagnie a été rejetée par les juges le 26 juin 2007 aux motifs que bien que certaines formes de travail forcé violent la loi des nations, les faits de l'espèce ne pouvaient pas être assimilés à du travail forcé³²⁷. Les juges ont tout de même accepté d'examiner en appel la requête des 23 enfants qui avait été examinée par les juges du district du septième circuit et dans laquelle ils accusaient l'entreprise Firestone d'avoir soumis indirectement et profité du travail des enfants en violant le droit international coutumier. En 2011 toutefois, la faible lueur

³²² *Doe I v. Unocal*, préc., note 263. Les juges ont affirmé que « forced labor, murder, rape, and torture are violations of the law of nation ».

³²³ *Id.*, 946.

³²⁴ *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*, 643 F.3d 1013, 1015, 1021 (7th Cir. 2011)

³²⁵ *Id.*

³²⁶ *Jon Roe v. Bridgestone Corporation*, 492 F. Supp. 2d 988 (2007 U.S. Dist), 995. Horatio Muir avance la thèse selon laquelle cette réticence des juges américains à qualifier les faits de l'affaire (embauche à point de fusil, heures inhumaines, salaires extrêmement bas) comme de l'esclavage moderne s'explique par la crainte de se voir se faire accuser d'expansionnisme s'ils prenaient sur eux de déterminer les conditions minimales de salaire et de conditions de travail à travers le monde. Voir H. MUIR WATT, « L'esclavage moderne et la compétence civile universelle : réflexions sur l'Alien Tort Statute », dans M.-A. MOREAU, H. MUIR WATT, et P. RODIÈRE (dir.), préc., note 24, p.99, à la page 103 et 105.

³²⁷ *Jon Roe v. Bridgestone Corporation*, préc., note 326.

d'espoir s'est éteinte lorsque le tribunal du septième circuit a finalement rejeté le recours en affirmant que :

« We have not been given an adequate basis for inferring a violation of customary international law, bearing in mind the Supreme Court's insistence on caution in recognizing new norms of customary international law in litigation under the Alien Tort Statute »³²⁸.

Bien que les juges aient admis que le travail forcé est une violation du droit des nations, ils ont toutefois affirmé que les demandeurs n'ont fourni aucune preuve concrète des coutumes et des pratiques démontrant que les États se trouvent dans l'obligation légale d'imposer aux employeurs une responsabilité dans le travail forcé des enfants comme dans l'affaire soumise au tribunal. Les juges ont par ailleurs estimé que cette obligation était d'autant plus difficile à prouver compte tenu de la diversité des conditions économiques dans le monde³²⁹. Ultiment les juges ont affirmé que les faits présentés³³⁰ ne démontraient pas avec suffisamment de clarté et de certitude que l'entreprise avait violé le droit international coutumier afin de justifier un recours fondé sur l'ATCA. En effet l'entreprise Firestone n'était pas accusée d'employer directement les enfants; mais plutôt d'imposer des quotas dont le seuil élevé obligeait les employés à faire appel à leurs enfants comme aides. Les juges ont affirmé que, dans un cas comme celui-ci il fallait déterminer sur une base employeur à employeur quel niveau de quota de production viole le droit international coutumier en encourageant le travail forcé des enfants. Or les preuves présentées ne permettaient pas de savoir combien d'enfants travaillaient dans les plantations (sauf les 23 enfants demandeurs, dont l'âge variait de six à seize et dont la situation pouvait être différente de celles des autres enfants travaillant sur la plantation), et les juges ignoraient

³²⁸ *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*, préc., note 324.

³²⁹ Les juges ont estimé que cette obligation coutumière a été formalisée pour les autres formes de travail des enfants énumérés dans la *Convention 182 de l'OIT concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, telle que l'exploitation sexuelle des enfants, OIT, 17 juin 1999, (Entrée en vigueur : 19 nov. 2000), en ligne : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C182 (Site consulté le 10 juin 2014), voir aussi la *loi pour la protection des victimes de la traite*, 22 U.S.C. § 7102 (8), 7104 (i); ou le *Protocole facultatif des Nations Unies sur la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants*, articles 3-4, le 25 mai 2000.

³³⁰ *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*, préc., note 328, 1024.

également la situation des enfants libériens vivant hors de la plantation Firestone³³¹. La question de savoir si le travail forcé des enfants constituait une violation du droit international coutumier en permettant d'appuyer un recours judiciaire sur le fondement de l'ATCA reste donc difficile à établir tel que le démontre l'affaire *Flomo*.

Dans d'autres affaires, les juges ont clairement admis que les actes d'expropriation, les atteintes à l'environnement ou à la liberté d'association ne constituaient pas une violation du droit des nations, le droit international positif ne réprouvant pas ces actes de manière suffisamment claire et universellement admise pour qu'ils puissent être considérés comme relevant du droit international coutumier³³². Dans le même ordre d'idées, les recours fondés sur des violations du droit à la vie, à la santé et au développement durable ont peu de chance de prospérer devant le for américain. Ainsi, dans l'affaire *Flores v. Southern Peru Copper Corp*, où les juges du second circuit avaient rejeté la demande des victimes équatoriennes qui accusaient l'entreprise minière Southern Peru Copper de porter atteinte aux droits à la vie et à la santé³³³. Les juges ont estimé que :

« Rights to life and health from such sources as the U.N. Universal Declaration of Human Rights are vague, amorphous, “boundless and indeterminate,” and lack articulable or discernible standards and regulations, and therefore “do not meet the requirement of our law that rules of customary international law be clear, definite, and unambiguous. »³³⁴.

Un an plus tard, l'affaire *Sosa* a permis à la Cour Suprême d'affirmer au regard des critères précédemment énoncés qu'il était difficile d'établir que la détention arbitraire alléguée par M. Alvarez-Machain³³⁵, constituait une infraction en droit international coutumier, et par

³³¹ *Id.* Les juges ont expliqué que la plus grande objection à ce procès provenait aussi du fait qu'ils ignoraient au moment du procès : « how hard that work is, and how many children work as hard as the plaintiff children attest to having worked ». Par ailleurs les juges ont estimé en tenant compte de la situation globale prévalant au Libéria, qu'il s'avérait que les pères des enfants de la plantation Firestone étaient bien payés par rapport aux standards libériens. De plus, la situation des enfants aidant leurs pères au travail serait meilleure dans l'ensemble, que la moyenne des autres enfants libériens. La situation serait pire si leurs pères venaient à être dans l'incapacité de remplir leurs quotas quotidiens, et à perdre leur emploi ou s'ils devaient payer des adultes pour aider (cela réduirait ainsi le revenu de la famille). Les juges ont ainsi estimé difficile de savoir quel était l'effet réel sur leur bien-être du fait qu'ils travaillent sur la plantation.

³³² Voir les affaires *Beanal c. Freeport Mc Moran*, 197 F.3d 161, 163 (5th Cir. 1999), *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d (11th Cir. 2009).

³³³ *Flores v. Southern Peru Copper Corp*, 414 F.3d 233 (2d Cir. 2003)

³³⁴ *Id.*, 233, 237, 255 (2d Cir. 2003)

³³⁵ 542 U.S., 738, 124 S.Ct. 2739.

conséquent une violation du droit des nations. Les juges ont d'ailleurs énoncé qu'une telle règle conférerait un droit d'action pour toute personne arrêtée arbitrairement n'importe où dans le monde et entraînerait des conséquences qui dépasseraient clairement les perspectives envisagées par le premier Congrès au moment de l'édiction de l'ATCA³³⁶.

À cela s'ajoutent les nombreuses contradictions en ce qui a trait à la question de la reconnaissance avérée ou non de la responsabilité des EMNs par la coutume et le droit international pour des violations des droits humains. Malgré les évolutions en *soft law* relatives à l'encadrement international de la responsabilité des acteurs privés non étatiques, certaines cours américaines ont remis en cause l'existence d'un fondement de la responsabilité pour violations de droits humains des EMNs en droit international coutumier. On constate en effet l'absence d'unanimité et de coordination dans les décisions entre les différents circuits relativement à cette question. En 2008 par exemple, les juges du onzième Circuit avaient affirmé que le texte de l'ATCA ne contenait aucune exception concernant la responsabilité civile des entreprises dans l'affaire *Romero v. Drummond Co*³³⁷. Le recours avait été intenté par les familles de trois leaders syndicaux colombiens qui avaient été torturés et tués par des agents d'une société de paramilitaires Colombiens qui, selon les allégations des demandeurs, auraient été engagés par la Drummond Company³³⁸.

Par contre, en septembre 2010 dans l'affaire *Kiobel* les juges d'appel du second circuit ont affirmé que :

« No corporation has ever been subject to *any* form of liability (whether civil, criminal, or otherwise) under the customary international law of human rights. Rather, sources of customary international law have, on several occasions, explicitly rejected the idea of corporate liability. Thus, corporate liability has not attained a discernable, much less universal, acceptance among nations of the world in their relations *inter se*, and it cannot, as a result, form the basis of a suit under the ATS »³³⁹.

³³⁶ *Id.*

³³⁷ *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303, 1315 (11th Cir. 2008), «The text of the Alien Tort Statute provides no express exception for corporations, and the law of this Circuit is that this statute grants jurisdiction from complaints of torture against corporate defendants ».

³³⁸ *Id.*

³³⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 148-49 (2d Cir. 2010). Il faut préciser que la décision a été réexaminée en avril 2013 par les juges de la Cour suprême. Ces derniers ne se toutefois pas prononcés sur la question de savoir si en vertu de l'ATCA les EMNs pouvaient être responsables en cas de violations des normes coutumières internationales, ou en cas de violations des traités auxquels sont parties les États-Unis, ou si la l'ATCA permet aux tribunaux américains de juger des faits de complicité commis par les EMNs (voir section 2).

Toutefois il faut rappeler ici que la décision *Kiobel* a de nouveau été examinée par la Cour suprême tel que nous le présenterons en profondeur plus loin. En outre, les juges de certains Circuits dans d'autres décisions se sont aussi écartés du raisonnement suivi dans la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Kiobel*³⁴⁰. Néanmoins, la tendance majoritaire des juges américains démontre une certaine réticence, qui est d'autant plus nourrie par les incertitudes qui subsistent sur la question de l'encadrement de la responsabilité des EMNs dans l'état actuel du droit international³⁴¹. Du reste, il apparaît que quand bien même les tribunaux reconnaissent qu'une entreprise peut être poursuivie en vertu de l'ATCA, cela n'est en aucun cas *in fine* une garantie automatique que les victimes seront indemnisées et qu'elles recevront une réparation.

Cette attitude de prudence et de repli des juges américains est malheureusement moins audacieuse que celle manifestée par les juges dans l'affaire *Filartiga*, puisqu'à l'époque de la condamnation du tortionnaire, il n'existait en effet pas de précédents judiciaires mettant en cause la responsabilité individuelle civile ou criminelle pour la commission de la torture, de même qu'en 1980 il n'existait même pas d'obligation internationale pour les États d'incriminer la torture³⁴². Malgré les évolutions récentes en matière de protection des droits humains, il semble donc manifestement difficile d'édifier un droit à réparation pour les victimes des EMNs au regard des réticences avérées dans la position des tribunaux américains ces dernières années.

Or, la transposition des obligations imposées aux individus par le droit international n'est pas toujours appropriée dans les litiges opposant les EMNs aux victimes, dans la

³⁴⁰ Dans l'affaire *Flomo v. Firestone* précédemment évoquée par exemple, les juges ont soutenu que « the factual premise of the majority opinion in the *Kiobel* case is incorrect ». Le juge Posner qui a rédigé l'opinion de la Cour a d'ailleurs affirmé que : « Suppose no corporation had ever been punished for violating customary international law. There is always a first time for litigation to enforce a norm; there has to be. Before the Nuremberg Tribunal was created there were no multinational prosecutions for aggression and crimes against humans an analogous sibling to civil corporate liability under the ATS criminal liability under international law. », 643 F.3d, 1017. La même position a été suivie par les juges de la Cour d'appel du District de Columbia (qui ont affirmé que les entreprises pouvaient être poursuivies sur le fondement de l'ATCA dans l'affaire *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 2011 U.S. App. LEXIS 13934 (D.C. Cir. July 8, 2011)). Cette position n'a toutefois pas finalement permis aux victimes d'avoir gain de cause puisque la décision a été invalidée par la Cour d'Appel plus tard, voir *infra*, note 419, p. 95.

³⁴¹ M.M. SALAH, préc., note 208, p. 267.

³⁴² La *Convention contre la torture et les traitements cruels, inhumains et dégradants* n'est entrée en vigueur qu'en 1987, Rés. AG 39/46 Doc. Off. AG NU, 3^e sess., supp., n°51, Doc. N.U. A/39/51 (1984), en ligne : https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&lang=fr (Site consulté le 10 mai 2014).

mesure où les critères développés par et pour les États ne sont pas toujours adaptés aux contextes des opérations des EMNs. Dans une affaire impliquant une EMN par exemple, les juges ont admis que les actes de torture et de meurtre commis contre des syndicalistes en complicité avec des paramilitaires ne pouvaient rentrer dans la qualification de crimes de guerre au sens du droit international³⁴³. D'où la pertinence du débat soulevé autour du choix de la loi applicable pour déterminer les violations qui justifieraient le recours à l'ATCA³⁴⁴, et c'est la raison pour laquelle l'application de la *common law* fédérale est préconisée par certains auteurs, afin de permettre aux juges de couvrir les matières insuffisamment uniformisées ou mal appréhendées par le droit international ou le droit international coutumier³⁴⁵. L'utilisation de la *federal common law* revient à appliquer dans les litiges la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du lieu où le tribunal a été saisi. Il s'agit d'un droit essentiellement jurisprudentiel dans la mesure où le système juridique américain est fortement marqué par la prééminence de la jurisprudence sur la loi, et les juges américains créent ainsi des « précédents » qui servent de références aux décisions judiciaires postérieures³⁴⁶. Les arguments avancés en faveur de cette thèse énoncent que contrairement au droit international ou à une loi étrangère, elle offre une flexibilité et une certaine marge de manœuvre pour la détermination des normes applicables concernant la responsabilité et la réparation. Par ailleurs, elle présente l'avantage d'être bien connue du juge et son application n'empêcherait pas la prise en compte des objectifs du droit international, dans la mesure où ce dernier en fait partie³⁴⁷.

³⁴³ K. SONTAG, préc., note 315, p. 593. Voir également l'affaire *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 578 F.3d (11th Cir. 2009). Dans l'affaire *Beanal v. Freeport Mc Moran*, les victimes accusaient l'entreprise de dégradation environnementale, de torture, et de génocide en Papouasie Nouvelle-Guinée. Les juges ont estimé que les conditions n'étaient pas réunies pour qualifier les violations alléguées de génocide au regard des critères énoncés par le droit international. 197 F.3d 161, 163 (5th Cir. 1999).

³⁴⁴ Odette MURRAY, David KINLEY, Chip PITTS, « Exaggerated rumours of the death of an Alien Tort? Corporations, Human Rights and the remarkable case of Kiobel », (2011) 48 *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* 1, 5.

³⁴⁵ *Id.*, p.20. Dans l'affaire *Bowoto v. Chevron*, les juges ont préféré l'utilisation de la *federal common law* pour rechercher la responsabilité des entreprises, parce que « the liability question is less procedural than substantive, rendering the federal law a more appropriate guide to this Court' analysis. » 312 F.Supp.2d 1229, 1236-37 (N.D Cal.2004).

³⁴⁶ FIDH, *Entreprises et violations des droits de l'Homme : Un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs - Section II Mécanismes judiciaires*, mars 2012, p.221 et 222, en ligne : < http://img.static.reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/guide_entreprises_fr-sectionii.pdf > (Site consulté le 10 juin 2014).

³⁴⁷ *Id.* L'application du droit international dans les litiges impliquant les EMNs présente des inconvénients au regard de l'absence de critères clairs permettant de déterminer la réparation adéquate pour les victimes de violations des droits humains par les entreprises.

En dehors du droit international coutumier, l'application de l'ATCA reste limitée aux violations relevant des traités internationaux ratifiés par les États-Unis. Or, les États-Unis étant un pays à régime dualiste, les traités n'ont pas un effet *self executing*, et ils ne s'appliquent pas directement une fois ratifiés³⁴⁸. Il s'ensuit par conséquent qu'il est presque impossible pour les victimes de dommages environnementaux³⁴⁹ ou de certaines catégories de travail forcé par exemple de faire entendre leur cause. À cet égard, les juges ont souligné dans l'affaire *Roe v. Bridgestone Corporation*, précédemment citée³⁵⁰, que la non-ratification par les États-Unis de la *Convention n° 29 sur le travail forcé* de l'OIT limitait l'examen de la cause fondée sur le travail forcé qui a finalement été rejetée³⁵¹. Ce raisonnement a toutefois été renversé par les juges en appel qui ont tempéré la tendance en affirmant que de toutes les façons, les conventions qui ne sont pas ratifiées par tous les États peuvent quand même constituer la preuve de l'existence d'obligations en droit coutumier international³⁵². Par ailleurs, le tribunal a affirmé que les demandeurs pouvaient évoquer avec succès la *Convention n°182 sur les pires formes de travail des enfants* de l'OIT qui a été ratifiée par les États-Unis et qui énonce que les pires formes de travail des enfants comprennent « les travaux qui, par leur nature ou les circonstances dans lesquelles ils s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, la sécurité ou la moralité des enfants

³⁴⁸ Ernest YOUNG affirme que : « plaintiffs' claims in ATS litigation generally relied on principles that appear in multilateral treaties, but which could not be invoked directly because the U.S. had either failed to ratify those treaties or ratified them subject to reservations, understandings, and declarations forbidding their invocation in domestic litigation », préc., note 282, p. 18.

³⁴⁹ Les États-Unis n'ont pas par exemple ratifié le protocole de Kyoto, voir *Status of Ratification of the Kyoto Protocol*, en ligne : <http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php> (Site consulté le 5 avril 2014).

³⁵⁰ *Roe v. Bridgestone Co*, préc., note 327.

³⁵¹ La Cour a d'ailleurs affirmé qu'aucune obligation légale n'était imposée dans ce sens aux États-Unis et qu'il serait : « odd indeed if a United States court were to treat as universal and binding in other nations and international convention that the United States government has declined to ratify itself », 492 F. Supp.2d, 1015, OIT, *Convention (n° 29) concernant le travail forcé ou obligatoire*, 1930, (Entrée en vigueur: 01 mai 1932), en ligne:

<http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C029>

(dernier accès le 5 avril 2014), dans le même sens PETER HENNER, *Human Rights and the Alien Tort Statute*, Chicago, American Bar Association, 2009, p.150

³⁵² *Flomo v. Firestone*, préc., note 340, Les juges ont affirmé que : « [...] the fact that Congress may not have enacted legislation implementing a particular treaty or convention (maybe because the treaty or convention hadn't been ratified) does not make a principle of customary international law evidenced by the treaty or convention unenforceable in U.S. courts. And anyway conventions that not all nations ratify can still be evidence of customary international law. ». Voir aussi *Abdullahi v Pfizer, Inc.*, supra, 562 F.3d at 176-77; *Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd.*, 504 F.3d 254, 283-84 (2d Cir.2007) (opinion concurrente)

»³⁵³. Toutefois selon les juges, cette disposition est assez vague, en partie parce que le seuil de préjudice passible de poursuites n'est pas spécifié, en partie à cause de l'imprécision inhérente aux mots « sécurité » et « morale »³⁵⁴.

Dans la même veine, les juges de la Cour suprême, dans l'affaire *Sosa* précédemment évoquée, ont affirmé que les accords internationaux auxquels M. Alvarez-Machain se référait pour fonder son recours n'appartenaient pas au domaine couvert par le droit des nations, puisqu'en l'occurrence le *Pacte International sur les droits civils et politiques* est un traité qui n'est pas d'application directe et la *Déclaration universelle des droits de l'homme* n'a pas de force juridique obligatoire. Il faut donc convenir que les recours fondés sur les traités restent une voie extrêmement limitée et, selon Peter Henner, ce canal ne devrait pas être davantage invoqué par les victimes dans l'avenir puisqu'il y a très peu de traités susceptibles d'être directement applicables sur le fondement de l'ATCA³⁵⁵. La ratification des traités pourrait ne pas être déterminante dans les recours, si les victimes parviennent à invoquer avec succès la violation d'une norme faisant partie du droit des nations.

Somme toute, le consensus dominant qui semble donc se dégager de la pratique judiciaire américaine est que les violations appréhendées par l'ATCA sont celles qui relèvent du droit des nations envisagé comme équivalent du *jus cogens*. Ces violations qui relèvent de la catégorie des crimes internationaux sont constituées notamment de crime de torture, de génocide, de crime contre l'humanité, de crimes de guerre, du travail forcé et de l'esclavage.

De plus, il semble malaisé pour les victimes d'appuyer leurs plaintes sur les violations des droits des traités puisque, tel que démontré précédemment, le parcours des victimes n'est pas facilité par les controverses sur la question de la reconnaissance affirmée ou infirmée de la responsabilité des EMNs sur le fondement de l'ATCA. Dès lors, il découle

³⁵³ OIT, *Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, préc., note 183.

³⁵⁴ La portée de l'universalité de la Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants est surtout réduite par l'article 4 qui énoncent que « les types de travail visés à l'article 3 d) doivent être déterminés par la législation nationale ou l'autorité compétente, après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées, en prenant en considération les normes internationales pertinentes, et en particulier les paragraphes 3 et 4 de la recommandation sur les pires formes de travail des enfants », article 4.

³⁵⁵ PETER HENNER, préc., note 351, p.199

que s'il est malaisé de poursuivre les EMNs dans les cas de violations « non graves » des droits humains ne relevant pas du *jus cogens*, il est davantage complexe de poursuivre les EMNs dans les cas de responsabilité secondaire, en l'occurrence dans les affaires où elles se rendent complices des violations de droits humains.

2. Les obstacles liés à la détermination de la complicité des EMNs dans les violations de droits humains

Les EMNs peuvent violer ou participer par ricochet à des violations des droits humains dans deux cas de figure envisagés par les *Principes directeurs*, notamment par la complicité directe et dans les cas de complicité par intérêt³⁵⁶. Dans le premier cas qui se rapproche au mieux de la notion juridique de la complicité, les EMNs peuvent être des « complices directes » des violations des droits humains en aidant ou en soutenant en toute connaissance de cause un État qui viole les droits contenus dans les instruments internationaux de protection des droits humains³⁵⁷. Les EMNs peuvent ainsi se rendre complices en entretenant par exemple des relations répréhensibles avec des régimes dictatoriaux et en contribuant de diverses manières à violer les droits des populations, principalement dans les pays en développement où se déroulent des opérations d'extractions minières ou de productions pétrolières³⁵⁸. À cet égard, l'interrogation fondamentale est celle de savoir s'il doit y avoir un lien avec une activité étatique pour qu'un recours soit accepté par les tribunaux sur le fondement de l'ATCA, étant donné qu'on y utilise le terme « Nations ». Au fil des années la jurisprudence n'a pas apporté une réponse unanime à cette question. La première affaire mettant en cause la complicité d'une EMN avec des forces paramilitaires est l'affaire *Unocal* précitée. Dans ce cas, les juges ont estimé que « [...] forced labor, like traditional variants of slave trading, is among the handful of crimes [...] such that state action is not required »³⁵⁹.

³⁵⁶ *Principes directeurs ONU*, p.21 et 22

³⁵⁷ CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme- Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, M. John Ruggie, Doc.N.U. A/HRC/8/5, 8ème sess., (7 avril 2008), p. 21, en ligne: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/62/PDF/G0812862.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 10 juin 2014). Voir aussi O. DE SCHUTTER., préc., note 264, p. 76.

³⁵⁸ Jean-F. FLAUSS, Préc., note 320, p. 237.

³⁵⁹ *Doe Iv. Unocal Corporation*, préc., note 322, dans le même sens affaire *Sarei c. Rio Tinto* (487 f.3D1193, 2007).

Dans une autre affaire par contre, les juges ont déterminé que la *state action* était indispensable pour fonder un recours sur l'ATCA, notamment que le défendeur ait agi sous les couleurs officielles de l'État pour violer le droit. C'est la conclusion à laquelle sont parvenus les juges du onzième circuit dans l'affaire *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co*, dans laquelle le syndicat colombien Sinaltrainal, cinq individus et les familles de leaders syndicaux assassinés entre 1990 et 2001 poursuivaient Coca-Cola. L'entreprise, dont la responsabilité était alléguée pour des faits de complicité avec des embouteilleurs et une compagnie de sécurité paramilitaire était soupçonnée d'avoir utilisé le meurtre et la torture pour réduire au silence et intimider les membres du syndicat. La demande a été rejetée en 2003 puis en 2006 par les juges du district de Miami, qui ont conclu que les requérants n'avaient pas réussi à démontrer qu'un lien suffisamment étroit existait entre le gouvernement et l'entreprise impliquée pour justifier un recours sur le fondement de l'ATCA³⁶⁰. La cause fut portée en appel et en août 2009 les juges ont réaffirmé que les requérants n'avaient pas réussi à suffisamment prouver les allégations factuelles qui auraient permis de relier au gouvernement colombien les forces paramilitaires, qui auraient commis des actes illicites³⁶¹. Toutefois, dans d'autres affaires, certains circuits ont considéré que la condition de *state action*, notamment le rattachement avec l'État n'était pas expressément imposé par l'ATCA et qu'il n'était donc pas impératif que les entreprises poursuivies aient agi en tant qu'agent de l'État ou sous le couvert de la loi pour se rendre complices des violations des droits humains³⁶².

Par conséquent, la plupart des circuits se sont finalement appuyés au fil des années sur des critères tirés du droit international, notamment les principes développés par les Tribunaux pénaux internationaux du Rwanda et de l'Ex-Yougoslavie, pour examiner d'autres affaires de complicité en cas de violations des droits humains par les EMNs³⁶³. À cet égard, la question la plus récurrente devant les tribunaux est donc de savoir si les

³⁶⁰ *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, 256 F. Supp. 2d 1345, 1348 (S.D. Fla. 2003), *In re Sinaltrainal Litig.*, 474 F. Supp. 2d (S.D. Fla. 2006). Les juges ont estimé que « the plaintiffs' conspiracy and agency allegations were "too conclusory and lack[ed] sufficient specificity », 1287.

³⁶¹ *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co.*, No. 06-15851, 2009 WL 2431463 (11th Cir. Aug. 11, 2009). Les juges ont rejeté la requête estimant que « attenuated chain of conspiracy » [did not "nudge plaintiffs'] claims across the line from conceivable to plausible », 11.

³⁶² Voir affaires *Sarei v. Rio Tinto PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011), *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, 244 F.Supp. 2d 289 (2d Cir.2009).

³⁶³ PETER HENNER, préc., note 355, p. 227.

demandeurs doivent simplement démontrer que l'entreprise a eu connaissance des violations et y a participé ou s'ils doivent prouver que l'entreprise a agi avec l'intention et dans le but de violer les droits humains³⁶⁴. Dans l'affaire *Unocal* par exemple, les juges ont énoncé que le standard approprié pour déterminer la responsabilité sous l'ATCA pour complicité de l'entreprise était que celle-ci ait posé les actes matériels (*actus reus*) nécessaires à la constitution de l'infraction, en l'occurrence pour Unocal « knowing practical or encouragement that has a substantial effect on the perpetration of the crime »³⁶⁵. À cette exigence s'ajoute le critère de l'élément moral³⁶⁶, psychologique ou l'élément mental (*mens rea*), qui a été reconnu par les juges comme essentiel à la poursuite dans les affaires de complicité de violations des droits humains sur le fondement de l'ATCA³⁶⁷. À titre d'exemple, dans l'affaire *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*³⁶⁸, des demandeurs soudanais et une association religieuse poursuivaient une EMN canadienne pour avoir soutenu, aidé, encouragé ou conspiré avec le gouvernement du Soudan afin de développer une concession de pétrole soudanaise. Les juges de la Cour d'appel du second circuit ont rejeté la demande, arguant que « for a conspiracy claim under the ATS, the court requires proof of a joint criminal enterprise and a criminal intention to participate in a common criminal design »³⁶⁹. Les juges ont par ailleurs admis que Talisman pouvait être responsable de complicité si une assistance substantielle avait été accordée au

³⁶⁴ Gwynne SKINNER, Robert MCCORQUODALE, Olivier DE SCHUTTER et Andie LAMBE, « The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business », International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), Décembre 2013, p.38, en ligne : <<http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>> (Site consulté le 10 mai 2014).

³⁶⁵ *Doe I v. Unocal Corp.*, préc., note 359, 932, 947-951. Les juges se sont appuyés sur les jugements du TPIY, Procureur c. Furundzija, (Chambre de première instance), «The actus reus of aiding and abetting in international criminal law requires practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime.», T-95-17/1-T, 10 décembre 1998, § 235, et du TPIR, Procureur c. Musema, (Chambre de première instance), ICTR-96-13-A, 27 janvier 2000

³⁶⁶ O. DE SCHUTTER., préc., note 264, p. 74.

³⁶⁷ Ryan S. LINCOLN, « To Proceed with Caution: Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute », (2010) 28 *Berkeley J. Int'l Law* 612. Dans les affaires Unocal et Talisman la *mens rea* a été requise et selon R. Lincoln: « For potential litigants and any future Supreme Court ruling on aiding and abetting, the key issue will likely be the mens rea standard.». Voir aussi *Bowoto v. Chevron Corp.*, « [...] plaintiff must prove that defendant knew that the principal violator intended to commit the violation », No. C 99-02506 SI, 2006 WL 2455752, 4 (N.D. Cal. Aug. 22, 2006) .

³⁶⁸ *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, 582 F.3d, (2d Cir.), 2009.

³⁶⁹ *Id.*, 244, 247-259 (2d Cir., 2009).

gouvernement expressément « with the *purpose* of aiding the government's unlawful conduct »³⁷⁰.

Les juges ont suivi le même raisonnement dans l'affaire *Doe I v. Nestlé*, introduite le 14 juillet 2005 par trois ressortissants maliens et l'ONG Global Exchange devant une cour de district californienne. Elle visait les entreprises Nestlé, Archer Daniels Midland et Cargill accusées d'avoir fait usage du travail des enfants et de détention arbitraire dans le cadre de leurs activités d'exploitation cacaoyère en Côte d'Ivoire. Les juges du neuvième circuit ont affirmé que:

« the core definition of aiding and abetting under international law requires the following. A person is legally responsible for aiding and abetting a principal's wrongful act when the aider and abettor (1) carries out acts that have a substantial effect on the perpetration of a specific crime, and (2) acts with the specific intent (i.e., for the purpose) of substantially assisting the commission of that crime »³⁷¹.

Somme toute, les critères pour retenir la responsabilité des EMNs dans des cas de complicité tirent leurs sources dans les principes de droit pénal international, qui présentent des standards élevés. À cet égard, le principal défi pour les victimes reste sans doute de démontrer l'élément intentionnel, la *mens rea* dans ces affaires de complicité³⁷². Or, l'introduction des critères des infractions criminelles dans les actions en responsabilité civile pose de sérieux problèmes au niveau procédural dans l'administration de la preuve et il devient difficile pour les victimes de prouver la responsabilité des entreprises dans les affaires de complicité³⁷³.

Le second cas de figure envisagé par les *Principes directeurs* est celui de la complicité par intérêt. Elle consiste dans ce cas pour les EMNs à tirer profit des violations ou des abus commis par des parties privées, notamment par les fournisseurs, sous-traitants ou des cocontractants³⁷⁴. Cette complicité peut aussi être « tacite » dans le sens où l'EMN

³⁷⁰ *Id.*, 244, 259. Finalement les juges ont toutefois rejeté la requête des demandeurs, estimant que la connaissance de Talisman des violations par le gouvernement soudanais du droit international n'a pas atteint le niveau requis de *mens rea* pour tenir la société responsable, 260-61.

³⁷¹ *Doe I v. Nestle*, « apply[ing] the dominant approach taken in the recent international appellate tribunal decisions [...] require that the aider and abettor must know or have reason to know of the relationship between his conduct and the wrongful acts. », 748 F. Supp. 2d 1057, 1083 (C.D. Cal. 2010).

³⁷² Ryan S. LINCOLN, préc., note 367, p. 618.

³⁷³ DEVA SURYA, préc., note 319, p. 69.

³⁷⁴ HCDH, *Guide interprétatif*, La complicité classée dans la catégorie non juridique fait référence aux « situations où l'on constate qu'une entreprise commerciale profite de violations commises par des tiers, tels

s'abstiendrait expressément de dénoncer aux autorités compétentes les violations systématiques ou continues des droits humains³⁷⁵. La question qui découle alors dans ce genre de cas est de savoir dans quelle mesure sous l'ATCA il est possible de tenir une entreprise responsable pour les actions de ses sous-traitants et de ses partenaires contractuels ou commerciaux. Étant entendu que la complicité peut consister de façon plus indirecte à entretenir des relations avec des sous-traitants qui ne respectent ni les droits des travailleurs ni les conditions de travail de ceux-ci, dans les différents niveaux des chaînes de productions par exemple³⁷⁶. Dans les affaires de complicité pour les violations de droits humains, les juges américains ne disposent pas d'un test standard³⁷⁷ et différents critères sont susceptibles d'être utilisés pour déterminer les règles d'attribution de la responsabilité en cas de complicité selon qu'il s'agisse d'une relation avec des partenaires commerciaux ou des sous-traitants.

Dans l'affaire Coca-Cola précédemment évoquée par exemple, le recours intenté par les victimes était aussi dirigé contre les deux embouteilleurs latino-américains de l'entreprise, dans le cas d'espèce *Bebidas y Alimentos* et *Panamerican Beverages, Inc. (Panamco)*. Après le rejet du recours contre Coca-Cola en 2003, les juges ont toutefois autorisé les victimes à continuer la poursuite contre les deux embouteilleurs. Dans un effort ultime pour mettre en cause la responsabilité de Coca-Cola pour les faits de complicité de violations alléguées, les demandeurs ont amendé leur requête pour inclure l'entreprise en se basant sur le fait que cette dernière avait acquis la propriété du site d'embouteillage de

qu'une baisse des coûts due à des pratiques analogues à l'esclavage dans sa chaîne logistique ou qui s'abstient de dénoncer des violations liées à ses propres activités, produits ou services, malgré des questions de principe qui l'incitent à le faire. », p. 6.

³⁷⁵ O. DE SCHUTTER., préc., note 366, p. 77, citant le *Rapport du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale des Nations Unies*, Suppl. N°36, A/56/36, 28 septembre 2001, para 111, en ligne: <https://www.ohchr.org/fr/doc/doc.aspx?lang=fr&docid=3666> (Site consulté le 10 mai 2014).

³⁷⁶ Dans d'autres cas, la complicité indirecte peut aussi consister pour les EMNs à entretenir des relations avec des acteurs privés qui violent les droits humains, en ce sens, selon un rapport de John Ruggie paru en 2007, sur plus de 40 affaires portées contre les EMNs aux États-Unis sur le fondement de l'ATCA dans les affaires de complicité, «most have concerned alleged complicity, where the actual perpetrators were public or private security forces, other government agents, or armed factions in civil conflicts », voir Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of human rights and transnational corporations, *Business and Human Rights : Mapping International Standards of Responsibility for Corporate Acts*, U.N.G.A, A/HRC/4/035 (9 février 2007), p. 10.

³⁷⁷ G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE, préc., note 364.

Panamco en 2003 et qu'elle s'était également rendue complice des exactions perpétrées contre les syndicalistes³⁷⁸. En septembre 2006, puis en 2009, faute de compétence matérielle, les juges du neuvième circuit ont réaffirmé en appel le rejet du recours contre les deux embouteilleurs et ils ont définitivement exclu la possibilité d'inclure Coca-Cola à nouveau dans le même procès. Le tribunal a estimé que les accusations contre les embouteilleurs étaient vagues et les allégations insuffisamment étayées pour justifier les théories de complot énoncées par les requérants pour les accusations de meurtres et de tortures des leaders et membres syndicalistes. Les juges ont par ailleurs rejeté la demande en s'appuyant sur le raisonnement de la décision rendue en 2003 par les juges du district du sud de la Floride qui avaient déjà affirmé que les accords d'embouteillage donnaient aux sociétés Coca-Cola un droit limité pour protéger leurs produits sur le marché, mais ne leur donnaient pas un degré de contrôle suffisant sur les activités dans les installations d'embouteillage et sur les politiques du travail tel qu'allégué par les demandeurs. Sans ce degré de contrôle, il est impossible pour les requérants de démontrer que Coca-Cola avait agi de concert avec l'entreprise paramilitaire et la police³⁷⁹.

La deuxième affaire illustrant le mieux les relations entre les entreprises de marques et les sous-traitants qui ne respectent pas les droits de travailleurs s'est déroulée sur l'île de Saipan. Le recours fut formé par plus de trente mille travailleurs étrangers qui reprochaient à plus d'une vingtaine de célèbres entreprises américaines, essentiellement des détaillants de vêtements de marques, d'être complices avec des employeurs qui violaient les droits des travailleurs sur l'île³⁸⁰. L'affaire qui a connu un retentissement majeur n'a pourtant pas permis une mise en œuvre réussie de l'ATCA puisque le recours intenté a été rejeté au seuil de la recevabilité, les juges californiens ayant estimé que les conditions misérables de travail dans les ateliers à Saipan ne constituaient pas une forme d'esclavage ou de servitude involontaire, aucun fait ne démontrant que les travailleurs étaient privés de leur libre

³⁷⁸ *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co*, préc., note 360, 1352–57.

³⁷⁹ *Sinaltrainal v. Coca-Cola Co*, préc., note 361, « Plaintiff's allegations of a conspiracy do not state a claim for relief that is plausible on its face, see *Iqbal*, 129 S. Ct. at 1950, and they fail to detail any factual allegations "to raise a right to relief above the speculative level," *Twombly*, 550 U.S. at 555, 127 S. Ct. at 1965 », 32-33.

³⁸⁰ *Does I v. The Gap Inc.*, No. CV-01-0031, 2001 WL 1842389, (D. N.Mar. I. Nov. 26, 2001).

arbitre³⁸¹. L'affaire est toutefois d'un grand intérêt pour la doctrine en matière des droits des travailleurs puisqu'elle a abouti à un arrangement à l'amiable³⁸² dans une certaine mesure avantageux pour les victimes, tel que nous le verrons en détail dans le prochain chapitre.

Ultimement, de façon connexe, la question de complicité peut aussi rejaillir sur les problèmes liés à la question de la levée du voile corporatif lorsque la société mère est complice et bénéficie indirectement des violations des droits humains. En effet, selon le principe de la responsabilité limitée, les différentes entités qui constituent une EMN sont souvent juridiquement indépendantes et le contrôle d'une filiale par la société mère n'engage pas systématiquement la responsabilité de celle-ci pour les violations des droits humains directs ou indirects auxquelles la filiale a contribué. Cette fiction juridique permet ainsi de préserver les entités qui composent l'EMN des conséquences juridiques des actions ou des omissions de chacun des maillons du groupe sociétaire et elle encourage également le risque entrepreneurial³⁸³. Cet obstacle que nous aborderons également à travers la jurisprudence canadienne dans le dernier chapitre constitue une entrave majeure au développement du contentieux contre les sociétés mères dont les filiales portent atteinte aux droits humains à l'étranger. Au niveau des États-Unis, la question de la levée du voile corporatif n'a été abordée que de façon marginale dans certaines affaires dans lesquelles les demandeurs essayaient d'utiliser cet argument pour demander au juge américain de reconnaître sa compétence dans le cas où la société mère profitait des activités de sa filiale violant les droits humains.³⁸⁴

³⁸¹ *Does I v. The Gap, Inc.*, No. CV-01-0031, 2002 WL 1000068, (D. N. Mar. I. May 10, 2002), les juges ont autorisé que le recours se poursuive sur le fondement du *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), 18 U.S.C. §§ 1961-1968 (1976).

³⁸² *Does I v. Gap, Inc.*, No. CV-01-0031, 2003 WL 22997250, 1 (D.N. Mar. I. Sept. 11, 2003)

³⁸³ Selon Sarah Joseph, des motivations monétaires pousseraient les victimes à chercher à mettre en cause la responsabilité de la société mère dans la mesure où en général cette dernière dispose de plus de moyens financiers que les filiales, et en cas de victoire devant les tribunaux, elles sont plus susceptibles d'être solvables. Toutefois, il n'existe malheureusement pas de critères standards applicables de façon uniforme par les juges américaines pour lever le voile corporatif. Les études empiriques démontrent que les cours américaines ne sont pas portées à appliquer à une grande fréquence le soulèvement du voile, *Corporations and transnational human rights litigation*, coll. « Human rights law in perspective », Oxford, Hart Publishing, 2004, p.129 et suiv.

³⁸⁴ Dans l'affaire *Doe v. Unocal* par exemple, concernant la levée du voile corporatif, la doctrine de l'*alter ego* a été appliquée par le juge pour déterminer s'il existait des liens suffisants entre la société mère étrangère et si les entités n'étaient pas juridiquement distinctes afin d'établir sa compétence. Le juge américain a ainsi déterminé en s'appuyant sur la sous-capitalisation des deux filiales et l'implication active d'Unocal dans leur direction, que les filiales Unocal Pipeline Corp. et Unocal Offshore Co., étaient les alter-ego d'Unocal. Ils

En fin de compte, dans les cas de complicité directe, il apparaît que les EMNs contribuent ou participent en toute connaissance de cause à des atteintes majeures aux droits humains, tandis que dans les cas de complicité par intérêt, les EMNs se contentent de profiter de ces violations en s'abstenant de les dénoncer ou de mettre fin à des relations contractuelles ne respectant pas les principes de protection des droits fondamentaux de la personne. On constate cependant que dans les deux cas, l'obstacle prépondérant auquel se heurtent les victimes reste de trouver les preuves juridiques nécessaires à la démonstration matérielle et intentionnelle des allégations factuelles de violations des droits humains par les EMNs. La rigidité du test pour la complicité accroît donc fortement la marge d'incertitude pour l'obtention de réparations par les victimes. La complexité dans les cas de complicité demeure une réalité pour les victimes et il est certain que cet obstacle participe à amoindrir la portée de l'ATCA, comme l'illustre si bien l'affaire *Kiobel*.

Paragraphe 2 L'impact de l'affaire *Kiobel* sur le droit à réparation dans le contentieux impliquant les EMNs

L'affaire *Kiobel* a connu un retentissement majeur dans la sphère du contentieux impliquant les entreprises poursuivies pour violations des droits humains. Le 17 avril 2013,

ont par conséquent déduit que les activités de ces filiales en Birmanie étaient imputables à Unocal et que sa responsabilité pouvait être engagée sur le fondement de la complicité de ses filiales avec les militaires birmans qui avaient recours au travail forcé, voir *Doe v. Unocal*, préc., note 365, p. 14222 et 14223, note 30. Par contre, le juge a refusé de reconnaître la qualité d'alter ego aux filiales de Total et il rejeta sa compétence personnelle au motif que: « le degré de présence de cette société en Californie, par l'intermédiaire des filiales qui y exercent des activités, ne suffit pas à la placer sous la *personal jurisdiction* des juridictions américaines, au sens requis par le droit californien », O. DE SCHUTTER, préc., note 375, p. 64, *Doe v. Unocal*, 27 F Supp 2d 1174 (CD Cal 1998) (affd 248 F 3d 915 (2001)); voir aussi dans ce sens FIDH, *Section II Mécanismes judiciaires*, préc., note 346, p. 251. La théorie de l'*agency* quant à elle est utilisée par les juges américains pour déterminer la complicité d'une EMN lorsque les filiales de celle-ci ont agi au nom et pour le compte d'une autre filiale ou pour la société-mère, qui exerce un contrôle les activités en cause. Le consentement mutuel des deux entités est toutefois requis dans ce cas de figure, de telle sorte qu'il soit possible de déterminer que la filiale a agi au nom et pour le compte de l'entreprise. Dans l'affaire *Bowoto v. Chevron* par exemple, les juges du neuvième circuit ont affirmé qu'une relation d'*agency* existait entre la filiale nigériane de Chevron, entre la société mère, Chevron Corporation, et les deux entreprises de Chevron domiciliées aux États-Unis. Les juges ont implicitement reconnu que la responsabilité de Chevron pouvait être engagée pour sa complicité avec les forces militaires du gouvernement nigérian ayant commis des meurtres, des actes de torture et traitements cruels, inhumains ou dégradants lors des manifestations dans certains villages nigériens en 1998 contre la filiale nigériane de Chevron à cause de l'exploitation pétrolière polluante qui a ravagé la région. Après l'examen de l'affaire, la demande a été rejetée en 2012 par la Cour suprême américaine, et les juges n'ont pas reconnu la responsabilité de Chevron et de ses filiales, voir *Chevron lawsuit (re Nigeria)*, Business & Human Rights Resource Center, en ligne : <<http://business-humanrights.org/en/chevron-lawsuit-re-nigeria>> (Site consulté le 1^{er} juillet 2014).

la Cour Suprême des États-Unis s'est prononcée pour la deuxième fois seulement en deux siècles sur la question de l'interprétation et de l'application de l'ATCA. En 2002, un recours avait été introduit devant le second Circuit à New York contre l'EMN Royal Dutch Petroleum. Esther Kiobel, la veuve du Dr Barinem Kiobel, et d'autres Nigériens poursuivaient l'entreprise en l'accusant de complicité dans l'assassinat de militants Ogonis engagés dans une campagne dénonçant les dommages environnementaux causés par les opérations d'extraction pétrolière dans la région de l'Ogoni au Nigeria dans les années 90. Le recours se fondait sur l'ATCA et les victimes reprochaient à la filiale nigériane de Shell Petroleum Development Company (SPDC) d'avoir assisté l'armée nigériane qui s'était apparemment livrée à des actes de torture, des exécutions extrajudiciaires et d'autres violations des droits humains. Le recours fut rejeté en première instance par les juges du second circuit, la même instance qui ironiquement avait pourtant donné naissance à l'interprétation avant-gardiste de l'ATCA dans l'affaire *Filártiga*³⁸⁵. Les juges de première instance du second circuit ont rejeté plusieurs des revendications des demandeurs, et le 17 septembre 2010 en réponse à l'appel interlocutoire, la cour d'appel du second circuit de New York a rejeté l'ensemble de la demande. Les motifs avancés étaient que les personnes morales de droit privé ne pouvaient être poursuivies en justice pour les violations des droits humains au titre de l'ATCA étant donné que le droit des nations ne reconnaît pas la responsabilité des entreprises³⁸⁶.

Les demandeurs ont contesté le jugement en appel et porté l'affaire devant la Cour suprême des États-Unis. Après les plaidoiries orales, les juges ont accordé un *certiorari*³⁸⁷ aux parties le 17 octobre 2011 en leur demandant de répondre à la question de savoir si les EMNs pouvaient être poursuivies sur le fondement de l'ATCA.³⁸⁸ En 2012, la Cour a de nouveau demandé aux plaideurs de répondre à la question de savoir si et dans quelles

³⁸⁵ O. MURRAY, D. KINLEY, C. PITTS affirment que : «The Court that gave new life to the ATS in *Filártiga* has since grown to regret its progeny and appears determined to destroy the monster it thinks it has created », préc., note 344 , p. 2 et 38.

³⁸⁶ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 621 F.3d 111, 117-18 (2d Cir. 2010), 122, 145.

³⁸⁷ Mot latin qui signifie être informé plus complètement. Si une Cour d'appel a la charge de réviser des cas à sa discrétion, le *certiorari* qui peut être ordonné aux instances judiciaires inférieures ou aux parties au litige est considéré comme l'instrument par excellence permettant aux juges de réviser un ou plusieurs aspects des affaires présentant certaines complexités dans les faits. Voir Legal Information Institute, « *Certiorari* », en ligne : <<http://www.law.cornell.edu/wex/certiorari>> (Site consulté le 11 mai 2014).

³⁸⁸ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 642 F.3d 268 (2d Cir. 2011), *cert. granted*, 132 S. Ct. 472 (2011).

circonstances les juges pouvaient reconnaître une action sur le fondement de l'ATCA pour des violations du droit des nations se déroulant sur le territoire des pays souverains³⁸⁹. La Cour s'est finalement prononcée en 2013 dans un jugement très médiatisé qui restreint l'application de l'ATCA (1), et qui pose beaucoup de défis aux victimes engagées dans les poursuites contre les EMNs (2).

1. La préconisation d'une application restrictive de l'ATCA

Dans l'affaire *Kiobel*, la Cour Suprême n'a pas tranché clairement la question principale de savoir si les EMNs pouvaient être tenues responsables de violations des droits humains en vertu de l'ATCA³⁹⁰. Les juges ont plutôt déplacé le débat vers d'autres questions. Ils se sont prononcés en l'occurrence au sujet de la présomption contre l'application extraterritoriale de l'ATCA et sur celle de la compétence des juridictions fédérales pour connaître des faits commis en dehors du territoire américain et sans lien substantiel avec celui-ci. L'extraterritorialité suppose que des normes nationales puissent régir des situations ou s'appliquer à des personnes localisées en dehors du territoire national³⁹¹. La présomption contre l'extraterritorialité est une construction légale destinée à matérialiser l'intention du Congrès à l'effet que les lois nationales ne s'appliquent pas ordinairement à l'extérieur du territoire américain à moins d'une autorisation affirmative du Congrès³⁹². Cette présomption s'applique généralement pour déterminer si une loi du Congrès réglementant une conduite s'applique à l'étranger, et son application contraint de la même façon les tribunaux quand ils examinent les causes d'action qui pourraient être intentées en

³⁸⁹ *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 132 S. Ct. 1738 (2012).

³⁹⁰ Considération soulevée depuis 2004 par la note de bas de page 20 dans la décision *Sosa*, à savoir si le droit international étend la portée de la responsabilité pour la violation d'une norme donnée lorsque le défendeur est un acteur privé, voir *Sosa*, 542 U.S. : « A related consideration is whether international law extends the scope of liability for a violation of a given norm to the perpetrator being sued, if the defendant is a private actor such as a corporation or individual. Compare *Tel-Oren v Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774, 791–795 (CA2 1984) (Edwards J, concurring) (insufficient consensus in 1984 that torture by private actors violates international law), with *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232, 239–241 (CA2 1995) (sufficient consensus in 1995 that genocide by private actors violates international law) », 732.

³⁹¹ La règle générale est que l'autorité de l'État est limitée à son territoire, sauf dérogations expresses prévues par le droit international, voir à ce propos Brigitte STERN, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit », (1986) 32 *Annuaire français de droit international* 7.

³⁹² Anthony J. COLANGELO, « The Alien Tort Statute and the Law of Nations in *Kiobel* and Beyond », (2013) 44 *Georgetown Journal of International Law* 1329, 1331. L'un des premiers cas dans lequel la Cour suprême a appliqué la présomption contre l'extraterritorialité était dans l'affaire *United States v. Palmer*, 16 U.S. (3 Wheat.) 610, 632–33 (1818).

vertu de l'ATCA. La décision *Kiobel* a une grande importance dans la jurisprudence portant sur l'ATCA puisque c'est la première fois qu'une cour fait sien l'argument selon lequel le principe de la présomption contre l'application extraterritoriale limite la portée de l'ATCA³⁹³. Le juge en chef de la Cour Suprême, le juge Roberts qui a délivré l'opinion majoritaire de la Cour, à laquelle se sont joints les juges Scalia, Kennedy, Thomas et Alito, a confirmé l'incompétence du juge fédéral pour se prononcer, sur des questions présentant un caractère extraterritorial, en arguant que « when a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none »³⁹⁴. Par ailleurs, les juges majoritaires ont affirmé que la présomption contre l'extraterritorialité n'est réfutée ni par le texte, ni par l'histoire, ou les finalités de l'ATCA. Selon eux, si les termes comme « any civil action » se retrouvent dans l'ATCA, ils ne permettent pas de réfuter la présomption contre l'extraterritorialité³⁹⁵. Par ailleurs, les juges ont aussi soutenu que deux des catégories auxquelles s'appliquent l'ATCA, en l'occurrence les violations des saufs conduits, ou du droit des ambassadeurs n'ont pas nécessairement une vocation à s'appliquer extraterritorialement³⁹⁶. En outre, concernant la troisième catégorie, la piraterie, les juges ont estimé qu'elle n'imposait pas la loi des États-Unis sur un territoire souverain puisque survenant en haute mer et donc dans une zone n'appartenant pas au territoire d'un État déterminé³⁹⁷. Les juges ont par

³⁹³ Paul HOFMAN, « The implications of *Kiobel* accountability Litigation Under The Alien Tort Statute », dans LARA BLECHER, NANCY STAFFORD, GRETCHEN BELLAMY, *Corporate Responsibility For Human Rights Impacts : New Expectations and Paradigms*, Chicago, American Bar Association, 2014, p.201, à la page 202.

³⁹⁴ La Cour s'est abondamment appuyée sur la décision *Morrison v National Australia Bank Ltd* 561 US (2010) pour motiver sa décision. Les juges de la minorité Breyer, Ginsburg, Sotomayor et Kagan ont, rejoint la Cour dans la conclusion de son jugement, mais non dans sa motivation notamment au sujet de l'extraterritorialité, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum co.*, 569 U. S. (2013), Opinion of the Court, [Ci-après *Kiobel*, Opinion de la Cour], p. 3.

³⁹⁵ *Kiobel*, Opinion de la Cour : « “any civil action,” do not rebut the presumption against extraterritorial », p. 2.

³⁹⁶ *Kiobel*, Opinion de la Cour citant *Cuba R.R. Co. v. Crosby*, 222 U.S. 473, 479 (1912), p. 8.

³⁹⁷ Les juges ont affirmé que : « Applying U. S. law to pirates, however, does not typically impose the sovereign will of the United States onto conduct occurring within the territorial jurisdiction of another sovereign, and therefore carries less direct foreign policy consequences. Pirates were fair game wherever found, by any nation, because they generally did not operate within any jurisdiction.», *Kiobel*, Opinion de la Cour, p.10. Sur ce point, dans son opinion concurrente, le juge Breyer fait une analyse intéressante sur la question de savoir qui peut être considéré comme le pirate aujourd'hui ? Selon lui : « Certainly today's pirates include torturers and perpetrators of genocide. And today, like the pirates of old, they are “fair game” where they are found. Like those pirates, they are “common enemies of all mankind and all nations have an equal interest in their apprehension and punishment.”[...] And just as a nation that harbored pirates provoked the concern of other nations in past centuries, so harboring “common enemies of all mankind” provokes similar concerns today. », BREYER, J., *concurring in judgment*, p. 5.

ailleurs rejeté l'argument des requérants fondé sur la doctrine du « transitory torts » en *common law* pour justifier une application extraterritoriale de l'ATCA par les juges³⁹⁸. Cette doctrine permet aux tribunaux d'assumer leur compétence sur des « délits transitoires » incluant des recours pour des dommages personnels survenant à l'étranger³⁹⁹. Les cours fédérales aux États-Unis ont la compétence pour juger des délits transitoires qui sont appréhendés comme des : « claims arising outside the United States under which a tortfeasor could be sued wherever he [is] found, but generally under the *lex loci delicti*—the law of the place where the tort occurred.»⁴⁰⁰. Les juges ont affirmé qu'il est possible de justifier un recours en réparation lorsqu'une cause d'action existe et si elle s'appuie sur une conviction forte qu'elle existe à l'endroit où le recours est intenté⁴⁰¹.

Pour écarter la présomption d'extraterritorialité, la plainte doit donc désormais toucher avec « suffisance et force »⁴⁰² les États-Unis et la simple présence de l'entreprise aux États-Unis ne suffit plus pour poursuivre les EMNs devant les tribunaux américains. Les juges ont estimé que dans le contexte de l'affaire *Kiobel*, ni les dommages, ni les demandeurs, ou les défendeurs ne présentaient de lien de connexité assez pertinent et suffisant avec les États-Unis pour permettre aux juges de se saisir de l'affaire. Tel que mentionné par le juge Breyer en l'espèce, les parties défenderesses, en l'occurrence Royal

³⁹⁸ Petitioners' Supplemental Opening Brief at 6, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, No. 10-1491 (U.S. June 6, 2012), p. 18.

³⁹⁹ *Kiobel*, Opinion de la Cour, p. 7. (Dans l'affaire *Mostyn v. Fabrigas*, les juges ont affirmé que toutes les actions de nature transitoire qui surviennent à l'étranger peuvent être considérées comme survenues dans un comté anglais, 1 Cowp. 161, 177, 98 Eng. Rep. 1021, 1030 (1774) (Mansfield, L.).

⁴⁰⁰ Paul HOFFMAN et Beth STEPHENS, « International human rights cases under state law and in state courts », (2013) 3 *UC Irvine L R* 9, 11. Ruti Teitel affirme quant à elle que les demandes d'indemnisation découlant des droits protégés par le droit des gens étaient traditionnellement considérées comme des causes d'action transitoire et, par ce fait, pouvaient être intentées dans des pays autres que ceux sur le territoire desquels les faits s'étaient produits, préc., note 293, p. 598. Dans ce sens, dans l'affaire *Ackerson v. Erie Ry. Co.*, les juges ont affirmé que « “[i]t is, in the international code, the well established doctrine, that every nation may rightfully exercise jurisdiction over all persons within its domains, with regard to matters purely personal [...] transitory actions “are universally founded on the supposed violation of rights, which, in contemplation of law, have no locality” », 31 N.J.L. 309, 310–12 (1865). Voir également Chimène I. KEITNER, « State Courts and Transitory Torts in Transnational Human Rights Cases », (2013) 3 *UC Irvine Law Review* 81, 84.

⁴⁰¹ Cet argument se base sur une décision antérieure rendue pas les juges dans l'affaire *Cuba R. Co. v. Crosby*, 222 U. S. 473, 479 (1912), *Kiobel*, Opinion de la Cour, p. 2.

⁴⁰² Les juges ont d'ailleurs précisé que : « And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application. », *Kiobel*, Opinion de la Cour, p. 14.

Dutch Petroleum Company et Shell Transport and Trading Company sont des entreprises étrangères ayant leurs sièges respectifs aux Pays-Bas et en Angleterre, alors que leur filiale commune, la SPDC, est basée au Nigéria. Quand bien même ces entreprises sont enregistrées à la bourse de New York, leur présence aux USA se limite à un bureau de représentation à New York⁴⁰³. En plus les demandeurs dans cette affaire n'étaient pas des nationaux américains et, bien qu'ils aient obtenu l'asile politique et la résidence permanente aux États-Unis, ce n'était pas le cas au moment des faits. Finalement dans l'affaire *Kiobel*, il n'était pas reproché aux défendeurs d'avoir directement commis les actes de torture et autres violations alléguées, mais d'avoir été complices avec les auteurs de ces violations, qui n'étaient eux-mêmes pas des citoyens américains⁴⁰⁴. Les éléments d'extranéité sont donc trop nombreux pour favoriser l'application de la loi.

En outre, la présomption contre l'application extraterritoriale permet de s'assurer que le pouvoir judiciaire n'interprète pas faussement la loi américaine en entraînant des conséquences au niveau de la politique étrangère et en empiétant sur la compétence juridictionnelle des autres États sans habilitation expresse du Congrès. Ces tensions sont d'ailleurs amplifiées dans le contexte de l'utilisation de ladite loi et, depuis l'affaire *Sosa*, les juges préconisent une extrême prudence face aux risques d'ingérence judiciaire injustifiée dans la conduite de la politique étrangère qui pourrait découler de son application de l'ATCA⁴⁰⁵. Cette présomption protège ainsi les juges d'une interprétation de la loi susceptible d'affecter la politique étrangère des États-Unis en causant des tensions et des conflits potentiels avec d'autres nations susceptibles de déboucher sur des litiges internationaux⁴⁰⁶. Le juge Roberts, en effet, a relevé dans l'opinion majoritaire les dangers liés à une application extraterritoriale trop large de l'ATCA, qui pourrait entraîner des recours à l'encontre des citoyens ou des sociétés américains à leur tour devant les tribunaux

⁴⁰³ BREYER, J., *concurring in judgment*, p. 14.

⁴⁰⁴ *Id.*

⁴⁰⁵ *Sosa v. Alvarez-Machain*, « the potential [foreign policy] implications of recognizing causes [under the ATS] should make courts particularly wary of impinging on the discretion of the Legislative and Executive Branches in managing foreign affairs. », 542 U. S. 727.

⁴⁰⁶ On retrouve là les réticences et contestations semblables soulevées par l'exercice de la compétence universelle en Belgique, Gregory LEWKOWICZ, préc., note 317, p. 23. Dans le même sens voir affaire *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 U. S. 244, 248.

étrangers pour des affaires de violations similaires aux causes portées devant les tribunaux américains⁴⁰⁷.

Ces préoccupations liées à la politique étrangère sont renforcées par les circonstances de l'espèce, puisqu'un très grand nombre de pays et d'organisations politiques – même d'entreprises – sont intervenus à titre *d'amici curiae* afin de mettre en garde contre les incidences politiques et économiques réelles de l'application de l'ATCA dans l'affaire *Kiobel*⁴⁰⁸. Au demeurant, la présomption contre l'extraterritorialité de l'ATCA envoie donc le message clair selon lequel « les États-Unis ne seront pas le tribunal du monde »⁴⁰⁹ et si la loi des États-Unis a vocation à s'appliquer sur le plan interne, elle ne gouverne toutefois pas le monde⁴¹⁰. Ces arguments redessinent en fin de compte une posture bien familière à la Cour Suprême américaine qui est « le lieu d'expression d'une crispation des États-Unis sur leur souveraineté nationale »⁴¹¹. Pour autant, l'argument des tensions nationales laisse toutefois perplexe et la décision *Kiobel* semble déconnectée de la réalité des effets associés à la mondialisation, qui a propulsé les acteurs privés dont les EMNs au même rang que les États au regard de leur puissance économique⁴¹². Les EMNs devraient être capables d'assumer leurs actes sans se replier derrière les souverainetés nationales ou sans se prévaloir de la stabilité des relations diplomatiques qu'entretiennent leurs pays d'origine avec les États devant lesquels elles sont poursuivies. De plus, la position des juges ne semble pas tenir compte des évolutions et des engagements parallèles pris pour l'encadrement de la responsabilité pénale des entreprises dans certains domaines comme la lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, ou le financement du

⁴⁰⁷ Des préoccupations semblables avaient déjà été formulées dans l'affaire *Benz c/ Compania Naviera Hidalgo*, S. A., 353 US 138, 147 (1957), *Kiobel*, Opinion de la Cour, p. 4 et 5

⁴⁰⁸ Brief of the European Commission on behalf of the European Union as Amicus Curiae in Support of Neither Party, 13 juin 2012, n° 10-1491. L'Union européenne a par exemple suggéré que l'ATCA soit limitée aux violations les plus graves du droit international, notamment de génocide et de torture, en plus de suggérer l'exigence d'épuisement des voies de recours sur le plan national, p. 17. Au sujet des *amici curiae* devant les cours américaines, Claire BRIGHT affirme qu'il y a une forte inflation des interventions des *amici curiae* déposées en général au cours des affaires pendantes devant la Cour Suprême depuis les 50 dernières années et leur nombre aurait d'ailleurs augmenté de près de 800%, dans *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, thèse, Florence, European University Institute, 2013, p.138.

⁴⁰⁹ Johann MORRI, « Violation des droits de l'homme et compétence universelle, la mariée était trop belle », Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 avril 2013, en ligne : <<http://revdh.org/2013/04/27/competence-universelle-mariee-trop-belle/>> (Site consulté le 5 avril 2014)

⁴¹⁰ *Microsoft Corp. c/ AT&T Corp.* 550 US 437, 454 (2007).

⁴¹¹ Gregory LEWKOWICZ, préc., note 406.

⁴¹² Daniel PRINCE, préc., note 227, p. 47.

terrorisme qui démontrent clairement une certaine volonté d'appréhender extraterritorialement les écarts de conduite des EMNs⁴¹³.

D'autre part, pour l'examen de l'affaire, les demandeurs avaient allégué des violations aux droits à la vie, à la sécurité, à la liberté d'association, à l'interdiction de la détention arbitraire; des exils forcés, des destructions des propriétés, des exécutions extrajudiciaires, violations qui n'ont toutefois pas été retenues par la Cour suprême. Cette dernière s'est limitée à examiner les allégations de crimes contre l'humanité, torture et les traitements cruels inhumains et dégradants. Or, cette délimitation, bien que fidèle aux violations soumises à l'application de l'ATCA, limite considérablement la possibilité pour les victimes des autres infractions pourtant catégorisées en droit international⁴¹⁴. Si l'indivisibilité des droits humains est un principe consacré, la position jurisprudentielle des tribunaux américains en général et dans l'affaire *Kiobel* en particulier ne semble pas aller dans le sens d'une égale consécration et protection des droits fondamentaux. On retrouve donc là, la frontière habituellement dressée entre le respect des normes de *jus cogens* (de nature contraignante) et les normes de *jus dispositivum* (de nature supplétive), ou la distinction qui découle de la hiérarchisation érigée entre les droits de première, deuxième et troisième génération ou entre les « violations plus graves » et les « autres violations », démarcation qui ne protège pas avec la même priorité les droits humains, pour lesquels pourtant les victimes réclament une égale réparation⁴¹⁵.

⁴¹³ Voir par exemple la *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, Résolution A/RES/54/109, Recueil des Traités, vol. 2178, 2002, p. 197, ou la loi fédérale du Foreign Corrupt Practices Act adoptée par les États-Unis en 1977, 15 U.S.C. § 78dd-1, et la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* ratifiée le 18 octobre 1999, OCDE, en ligne : <http://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf> (Site consulté le 1 juillet 2014). Dans le même sens, O. MURRAY, D. KINLEY, C. PITTS, préc., note 385, p. 29.

⁴¹⁴ O. MURRAY, D. KINLEY, C. PITTS., préc., note 344, Dans ce sens, pour ces auteurs, rien dans les termes de l'ATCA ou dans l'affaire *Sosa* ne limite la violation du droit des nations aux crimes de droit international, et de ce fait si seuls les crimes internationaux peuvent être des « violations du droit des nations », alors l'ATCA se limiterait à la piraterie. Par conséquent les juges auraient eu peu de travail à faire de 1789, jusqu'à l'époque de l'imposition d'une responsabilité directe aux personnes privées en droit international par les tribunaux de Nuremberg, p. 28.

⁴¹⁵ T. COLLINGSWORTH, préc., note 219, p. 706. Voir aussi SCOTT A. EDELMAN et al., « Defending Actions In The United States Arising From Alleged Foreign-Based Torts », Rocky Mountain Mineral Law Foundation in the Proceedings of the 57th Annual Rocky Mountain Mineral Law Institute, 2011, p. 13.

2. Les défis post-Kiobel

L'affaire *Kiobel* a fortement influencé les juges des autres circuits, et plusieurs jugements rendus dans son sillage tendent désormais à restreindre toutes les opportunités de développement du contentieux contre les EMNs en matière de violation des droits fondamentaux. À cet égard, dans l'affaire *Sarei v Rio Tinto PLC*⁴¹⁶, des demandeurs originaires de la Papouasie-Nouvelle-Guinée ont allégué que l'entreprise anglo-australienne s'était rendue complice avec le gouvernement de la Papouasie-Nouvelle-Guinée de violations des droits humains pendant la guerre civile dans ce pays. Le 28 juin 2013, tel que suggéré par l'ordonnance de la Cour suprême rendue le 22 avril 2013 qui invitait les juges à prendre en considération la décision *Kiobel* avant de rendre le jugement, la Cour d'appel du neuvième circuit en Californie a définitivement annulé la décision des juges de première instance 2011 qui avaient accueilli favorablement les arguments des victimes⁴¹⁷. Dans le même sillage, la décision *Romero v. Drummond Co* précédemment citée offre également une illustration de cette régression⁴¹⁸. En mai 2009 les enfants des leaders syndicaux assassinés ont introduit un nouveau recours accusant l'entreprise d'avoir collaboré avec le groupe paramilitaire « Autodéfenses unies de Colombie » dont les membres auraient assassiné des dirigeants syndicaux en Colombie. Les juges du onzième circuit avaient renversé la décision de l'instance inférieure rejetant le recours, en affirmant que l'entreprise pouvait être tenue responsable pour des faits de complicité. Le 25 juillet 2013 toutefois, soit exactement trois mois après le jugement *Kiobel*, les juges du tribunal de district se sont finalement déclarés incompétents en s'appuyant sur la présomption contre l'application extraterritoriale de l'ATCA et ils ont rejeté la plainte contre Drummond⁴¹⁹. Cette décision souffle donc un puissant vent de découragement sur les

⁴¹⁶ *Sarei et al v. Rio Tinto Plc et al*, Cour d'appel du neuvième circuit, No. 02-56256.

⁴¹⁷ *Sarei v. Rio Tinto, PLC*, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011), *Rio Tinto PLC v. Sarei*, vacated on other grounds, 133 S. Ct. 1995 (2013) 11-649 (U.S. Apr. 22, 2013).

⁴¹⁸ *Romero v. Drummond Co.*, 552 F.3d 1303, 2008 U.S. App. LEXIS 25861.

⁴¹⁹ *Giraldo v. Drummond Co.*, No. 09-cv-1041, 2013 WL 3873960, 8 (N.D. Ala. July 25, 2013). Le 26 juillet 2013 la Cour d'appel du District de Columbia ont aussi invalidé le jugement de l'affaire intentée par onze indonésiens contre Exxon Mobil pour son implication présumée dans les violations des droits humains perpétrées par les forces de sécurité indonésiennes dans la province d'Aceh. L'affaire a été renvoyée devant la première instance afin que les juges décident si à la lumière de l'affaire *Kiobel* la requête intentée sous le couvert de l'ATCA était encore juridiquement fondée, voir *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 09-7125, 2013 WL 3970103 (D.C. Cir. July 26, 2013). Dans la même lancée, le 24 juillet 2014, la cour d'appel du onzième circuit de Miami a rejeté la requête introduite par plus de 4000 victimes colombiennes contre l'entreprise Chiquita pour des faits de complicité présumée dans des assassinats perpétrés par des organisations paramilitaires

victimes et une multitude de voix se sont élevées au niveau des ONG pour dénoncer un jugement qui ruinerait désormais les espoirs des « innombrables victimes qui auraient pu bénéficier d'une loi permettant de réclamer justice pour les violations des droits humains restées impunies ailleurs dans le monde »⁴²⁰. Dès lors, les deux idées maîtresses qui se profilent au niveau des cours semblent être celles de l'extraterritorialité tempérée de l'ATCA et celle de la subsidiarité affirmée de la loi bicentenaire⁴²¹. Face à ce recul alarmant, les perspectives pour la mise en œuvre du droit d'accès à un recours et du droit à réparation pour les victimes ne semblent guère prometteuses et la doctrine se montre désormais pessimiste quant à un développement exponentiel des recours contre les EMNs devant le prétoire américain⁴²².

Néanmoins, la matière étant en pleine construction, il faudra s'attendre à d'autres développements pour avoir des précisions sur le profil des requêtes susceptibles de répondre aux critères énoncés dans *Kiobel*. À cet égard, la décision des juges du neuvième circuit du 19 décembre 2013 dans l'affaire *Doe v. Nestlé* précitée en appelle à moins de fatalisme⁴²³. Alors qu'en 2010 le circuit avait statué que : « The practice of forced labour fields in Mali was not actionable because of defendant's corporate nature », ⁴²⁴ les juges du district de Californie ont renversé la décision en appel en décembre dernier⁴²⁵. Ils ont affirmé que les EMNs pouvaient encore être tenues responsables dans certains cas, en vertu de l'ATCA. Dans cette optique, une autorisation exceptionnelle fut accordée aux

colombiennes durant la guerre civile. La cour a estimé qu'elle n'avait pas la compétence pour se prononcer sur l'affaire en l'absence de liens suffisants avec les États-Unis, conformément à la décision *Kiobel*, voir *Cardona, et al. v. Chiquita Brands Int'l, et al.* 11th US Circuit Court of Appeals, No. 12-14898.

⁴²⁰ Amnesty International, « États-Unis, la Cour suprême rend un arrêt sur Shell dans le Delta du Niger », *Communiqué de presse*, en ligne : <<https://www.amnesty.org/fr/for-media/press-releases/us-supreme-court-ruling-shell-niger-delta-severely-limits-access-justice-hu>> (Site consulté le 4 avril 2014).

⁴²¹ G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHÜTTER et A. LAMBE affirment que : « indications are that the vast majority of lower federal courts are applying *Kiobel* in a sweeping manner, dismissing cases simply because the alleged unlawful acts took place outside the United States. », préc., note 377, p. 5.

⁴²² Selon Benjamin Thompson, les réactions du monde académique après l'issue finale de l'affaire *Kiobel* étaient dans l'ensemble négatives, voir « Was *Kiobel* Detrimental to Corporate Social Responsibility? Applying Lessons Learnt From American Exceptionalism », (2014) 30 *Utrecht Journal of International and European Law* 82, 85.

⁴²³ John BELLINGER, « Undeterred by *Kiobel*, Ninth Circuit Allows *Doe v Nestle* ATS Claims to Continue », Lawfare Institute, 27 décembre 2013, en ligne :

<<http://www.lawfareblog.com/2013/12/undeterred-by-kiobel-ninth-circuit-allows-doe-v-nestle-ats-claims-to-continue/>> (Site consulté le 7 avril 2014).

⁴²⁴ *Doe I v. Nestle*, 748 F. Supp. 2d 1057, 1083, 1132-45 (C.D. Cal. 2010).

⁴²⁵ *Doe v. Nestle*, 10-56739, (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit 2013).

requérants, afin de leur permettre de modifier leur plainte pour démontrer que la réclamation touche et concerne le territoire des États-Unis avec une force suffisante pour dépasser la présomption contre l'extraterritorialité telle que requise dans l'affaire *Kiobel*⁴²⁶.

À ce sujet, l'opinion minoritaire écrite par le juge Breyer à laquelle ont souscrit les juges Ginsburg, Kagan, and Sotomayor, avait d'ailleurs affirmé que l'ATCA pourrait avoir une application extraterritoriale sous certaines conditions découlant notamment du principe du *reasonableness* énoncé dans le *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*⁴²⁷. Le rattachement au for permettrait ainsi aux juges de « remédier à certains excès du régime juridictionnel américain résultant de règles de compétence extrêmement larges, pouvant conduire les tribunaux à devenir le réceptacle des plaintes les plus diverses, ne présentant aucune connexion avec le for »⁴²⁸. De ce fait, la présomption peut être dépassée si la violation s'est produite sur le sol américain, si le défendeur est un ressortissant américain, ou si la conduite du défendeur affecte sensiblement et défavorablement l'intérêt national⁴²⁹. Cette exception permettrait par ailleurs de prévenir que les États-Unis ne deviennent un lieu de refuge ou un havre garantissant une immunité civile ou pénale pour les responsables de torture ou autres crimes majeurs en exonérant de toute responsabilité civile ou pénale « pour un tortionnaire ou un autre ennemi commun de l'humanité »⁴³⁰.

Pour Paul Hoffman, la présomption contre l'extraterritorialité pourrait être réfutée si les violations des droits humains sont commises à l'extérieur des frontières, mais sous la

⁴²⁶ *Id.*, les juges attendent aussi des demandeurs qu'ils démontrent que les allégations de complicité contre les entreprises atteignent le standard de l'*actus reus* requis dans les affaires de complicité, p.5, en ligne, < <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2013/12/19/10-56739.pdf> > (dernier accès le 20 mai 2014)

⁴²⁷ American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States* : « Jurisdiction to Adjudicate (1) A state may exercise jurisdiction through its courts to adjudicate with respect to a person or thing if the relationship of the state to the person or thing is such as to make the exercise of jurisdiction reasonable », § 421, 1987.

⁴²⁸ I. MOULIER, préc., note 225, p. 155.

⁴²⁹ Le juge Breyer reprend ici l'article 402 qui reconnaît que : « subject to §403's "reasonableness" requirement, a nation may apply its law (for example, federal common law, see 542 U. S., at 729–730) not only (1) to "conduct" that "takes place [or to persons or things] within its territory" but also (2) to the "activities, interests, status, or relations of its nationals outside as well as within its territory," (3) to "conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory," and (4) to certain foreign "conduct outside its territory . . . that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests."», Breyer, J., *concurring in judgment*, p. 6 et 7.

⁴³⁰ Breyer, J., *concurring*, p.15

direction des individus ou des entreprises agissant sur le territoire des États-Unis⁴³¹. Concernant le critère du « touch and concern » exigé par la Cour dans *Kiobel*, il pourrait être possible que les violations les plus graves du droit international puissent être jugées par les tribunaux américains ou que d'autres affaires viennent préciser les éléments nécessaires pour faire valoir cet argument dans les causes portées en vertu de l'ATCA⁴³². Ainsi, la juge de district Shira Scheindlin a rendu une décision démontrant que les contours du contentieux de l'après *Kiobel* devant les cours américaines restent encore imprévisibles, dans une affaire en cours depuis une douzaine d'année⁴³³. La juge a estimé que la décision *Kiobel* rendue par la Cour Suprême reconnaît implicitement la responsabilité des entreprises en vertu de l'ATCA et permettrait que l'affaire *In re South African Apartheid Litigation* puisse de nouveau être entendue devant le second circuit malgré la suggestion de rejet de la cause par la Cour d'appel du Second Circuit⁴³⁴. Cette décision qui intervient le 17 avril, soit exactement un an après la décision *Kiobel* permettra aux requérants d'amender leur demande (qui avait déjà partiellement été rejetée le 26 décembre 2013)⁴³⁵,

⁴³¹ Paul Hoffman affirme que tous les critères seraient remplis pour appliquer l'ATCA dans un scénario où les défendeurs conspireraient ou agissaient à partir territoire des États-Unis pour assassiner l'ambassadeur d'Israël au Canada par exemple, préc., note 393, p. 218.

⁴³² Breyer, J., *concurring*, p.6.

⁴³³ John BELLINGER III et Reeves ANDERSON, « As *Kiobel* Turns One, Its Effect Remains Unclear », *Institute for Legal Reform*, en ligne : http://www.instituteforlegalreform.com/uploads/sites/1/Kiobel_Anniversary_Paper_April_29_2014_.pdf > (Site consulté le 24 mai 2014), p. 6.

⁴³⁴ *In re South African Apartheid Litigation*, No. 02 MDL 1499, 2014 WL 4569423 (S.D.N.Y. Apr. 17, 2014), « The Supreme Court's decision in *Kiobel II* implicitly overturned the Second Circuit's decision in *Kiobel I* finding no corporate liability under the ATS. », p.6, en ligne : <http://opiniojuris.org/wp-content/uploads/17-Apr-SDNY-Opinion.pdf> >, (dernier accès le 24 mai 2014). Dans cette affaire introduite en 2002 devant le second circuit à New York, des demandeurs sud africains poursuivaient une vingtaine d'entreprises et de banques pour avoir participé à maintenir le régime de l'apartheid et des violations de nombreux droits humains qui en découlaient. Les demandeurs furent déboutés en novembre 2004 avant d'introduire un appel en août 2005. En octobre 2007, la Cour d'appel du second circuit renversa la décision avant de la renvoyer pour de nouvelles délibérations en première instance. La Cour Suprême fut saisie en 2008 pour donner un *certiorari*, faute de quorum les juges renvoyèrent la cause devant la Cour d'appel du second circuit. Le 8 avril 2009 la Cour a réduit les accusations des demandeurs en rejetant le recours contre les entreprises à l'exception de Daimler, Rheinmetal et de trois autres entreprises américaines. En août 2013 à la suite de la décision *Kiobel*, les juges d'appel ont renvoyé l'affaire en première instance en recommandant que la cause soit rejetée aux motifs de présomption contre l'extraterritorialité au regard de l'affaire *Kiobel*. En décembre la demande contre les entreprises allemandes Daimler et Rheinmetal fut rejetée, mais en avril 2014 le recours a été autorisé contre les 3 entreprises américaines restantes. Voir *In re South African Apartheid Litig.*, No. 02 MDL 1499, 2013 WL 6813877, (26 décembre 2013), *Balintulo v. Daimler AG*, 727 F.3d 174 (2d Cir. 2013).

⁴³⁵ Dans l'affaire *In re South African Apartheid Litigation*, le recours contre les deux entreprises allemandes Rheimattal AG and Daimler AG a été rejeté parce que selon les juges: « plaintiffs have failed to show that they could plausibly plead that the[ir] actions . . . touch and concern the United States with sufficient force to rebut the presumption against the extraterritorial reach of the ATS. », No. 02 MDL 1499, 2013 WL

afin de leur permettre cette fois-ci de démontrer que les accusations contre les compagnies américaines Ford Motor Co., General Motors Corp., et International Business Machines Corp présentent un lien suffisant avec les États-Unis pour dépasser la présomption contre l'application extraterritoriale de l'ATCA telle qu'énoncée par la Cour Suprême dans l'affaire *Kiobel*⁴³⁶.

Somme toute, si la décision *Kiobel* limite l'application de l'ATCA, la porte ouverte pour l'accès des victimes étrangères aux tribunaux américains n'est ni hermétiquement close ni largement ouverte, puisqu'elle s'applique à une catégorie restreinte de normes internationales⁴³⁷. L'affaire *Kiobel* laisse toutefois un sentiment d'inachevé puisque de nombreuses questions demeurent irrésolues. Il n'apparaît toujours pas de position unanime et claire sur la question de savoir si l'ATCA s'applique aux EMNs et si celles-ci jouissent d'une immunité de responsabilité civile concernant les violations des droits humains. De plus, on ignore toujours quels sont les critères juridiques susceptibles d'être suffisamment forts pour toucher et concerner les États-Unis afin de réfuter la présomption contre l'extraterritorialité pour une application non controversée de l'ATCA. Par ailleurs, si les prochains recours ne peuvent être dirigés que contre les entreprises américaines, n'y a-t-il pas un risque que ces entreprises soient placées dans une position compétitive désavantageuse par rapport aux entreprises étrangères qui exerceraient leurs activités sans crainte de poursuite?⁴³⁸ Benjamin Thompson va même plus loin en affirmant que si le droit international n'impose à l'heure actuelle aucune obligation légale universellement contraignante aux entreprises concernant le respect des droits humains, « a question remains as to whether litigation under the ATS can be justified under the moral need for such accountability »⁴³⁹.

6813877, (26 décembre 2013), p. 6. Dans l'affaire *Doe v. Exxon Mobil Corp.*, 09-7125, précitée (*supra* note 419), le juge de District de Columbia Royce Lamberth a apporté une mince source d'espoir pour les victimes en les autorisant le 23 septembre 2014 à modifier leur requête conformément aux critères soulevés par la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Kiobel* pour permettre à la cour de trancher l'affaire au fond, voir *John Doe I, et al v. Exxon Mobil Corp, et al*, 1:01-cv-01357, No. 455 (D.D.C. Sep. 24, 2014).

⁴³⁶ *Id.*, p. 27. Les chances de succès sont toutefois minces pour le succès de ce recours puisque en plus de ce critère, la juge exige aussi que les demandeurs prouvent que les défendeurs ont agi non seulement avec la connaissance, mais aussi dans le but d'aider et d'encourager le gouvernement l'Afrique du Sud dans les violations des droits humains durant l'apartheid.

⁴³⁷ Les juges sont allés dans le même sens dans l'affaire *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S., 729.

⁴³⁸ Ernest YOUNG, préc., note 348, p. 59.

⁴³⁹ Benjamin THOMPSON, préc., note 422, p. 96.

C'est sans doute conscient de l'exégèse qui reste à apporter à ce sujet que le juge Kennedy dans son opinion distincte, mais concordante à la majorité souligne que les tribunaux devront probablement davantage étayer le sujet afin que la présomption contre l'application extraterritoriale de l'ATCA soit mise en œuvre de façon adéquate dans les prochaines affaires⁴⁴⁰. Mais la tâche s'annonce ardue puisque la résolution de cette équation est difficile « in part because of the expansiveness of the phrase any civil action, an in part because Congress has incorporated by reference offenses defined by the law of nations, rather than crystallizing in permanent form in minute detail every offense that could arise »⁴⁴¹. C'est la raison pour laquelle une réponse au niveau du congrès est préconisée afin que la loi puisse être modifiée pour être plus spécifique quant à son champ d'application et à sa portée⁴⁴². Entre lucidité et espoir, le parcours des victimes dans la sphère juridique américaine demeure donc parsemé de beaucoup d'embûches et d'incertitudes devant les tribunaux aux États-Unis.

Conclusion Chapitre 2

Dans notre premier chapitre, nous avons constaté que le droit international offrait des bases étroites au droit à réparation. Ce droit qui ne s'adresse plus seulement aux relations entre les États ou dans les relations entre les États et les individus, est aussi offert par le biais des juridictions étatiques pour les victimes d'abus commis par les EMNs. Si le panorama conforte l'hypothèse de départ selon laquelle le droit à réparation existe, l'étude de l'application de l'ATCA confirme aussi que sa mise en œuvre est lacunaire au regard des nombreux écueils qui parsèment le chemin des victimes devant les juridictions américaines. Cette loi qui offre aux victimes d'intenter un recours indemnitaire dans certains contextes pour les atteintes graves des droits humains a soulevé d'innombrables attentes pour offrir une voie de réparation effective pour les violations commises par les EMNs.

La restriction de la portée spatiale et les exigences procédurales qui se dégagent des derniers jugements rendus par les tribunaux américains questionnent l'efficacité et

⁴⁴⁰ KENNEDY, J., *concurring*, p. 1.

⁴⁴¹ Daniel PRINCE, préc., note 412, p. 65.

⁴⁴² Ernest A. YOUNG, préc., note 438, p. 2.

l'effectivité juridique de cette loi d'origine controversée⁴⁴³. L'objectif de la réparation des victimes de violations n'est certainement pas atteint si elle consiste uniquement en des compensations effectives sous forme monétaire. Mais dès lors que les objectifs visés sont plus larges, l'efficacité de l'ATCA se trouve garantie dans la possibilité offerte aux victimes d'accéder aux tribunaux pour dénoncer sur la place publique les violations et obtenir de ce fait « une justice déclarative »⁴⁴⁴. La loi trouve ainsi une forme d'effectivité grâce au débat qui est nourri sur la question de la responsabilité sociale et juridique des entreprises⁴⁴⁵. L'ATCA reste donc ce pont instable entre les progrès normatifs réalisés dans le domaine de la protection des droits humains et l'encadrement hésitant de la responsabilité des EMNs. De façon générale, il faut en réalité voir derrière cette croissance du contentieux impliquant les entreprises par le biais de l'ATCA la consécration de l'évolution du rôle du juge qui a désormais l'immense tâche de trancher l'épineuse question de la responsabilité des EMNs en essayant de tracer les contours d'un compromis acceptable pour les victimes et les entreprises⁴⁴⁶.

La réalité contemporaine démontre toutefois que l'ATCA apparaît désormais presque vidée de son contenu, fortement imprégnée des considérations politiques, et en déclin au regard d'une jurisprudence dans l'ensemble défavorable aux victimes des EMNs. Un changement de paradigme s'impose dans ce sillage, concernant le rôle véritable de

⁴⁴³ Mireille DELMAS-MARTY, « Les Discontinuités et interactions en droit pénal comparé et international », Intervention au Collège de France en juin 2004, dans Naomi Norberg, « La criminalisation par expansion du droit interne, Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international », (2005) 4 *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé* 739.

⁴⁴⁴ Natalie L. BRIDGEMAN affirme que: « Remedies against corporations can be valuable not only in terms of compensation to plaintiffs, but because of the "general deterrent effect on corporate conduct," and the potential "benefits for the plaintiffs through legal and political settlements », voir « Human Rights Litigation Under the ATCA as a Proxy For Environmental Claims », (2003) 6 *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.* 1, 36.

⁴⁴⁵ *Id.*, Dans la même optique, Laurie STRAUCH WEISS et William B. PANLILIO affirment qu'à cause de la publicité négative qui risque de nuire à la marque et les pressions exercées pour le règlement des litiges devant les juridictions américaines, l'ATCA continue d'être dans un certain sens une menace pour les entreprises, voir « Defending Against Alien Tort Statute Cases Post-Kiobel: What are the key defenses? » (2013) *American Law Institute* 1, 6. Pour Deva SURYA, l'ATCA a deux effets majeurs positifs indirects en l'occurrence l'effet du feu des rampes, qui amène une publicité sur les questions de responsabilité des entreprises pour les violations des droits humains, et un effet de levier, qui améliore la position de négociation des victimes et contribue à l'augmentation des possibilités de règlements à l'amiable, préc., note 373, p. 74.

⁴⁴⁶ Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J, 2003, p. 103.

l'ATCA ou du juge américain perçu à tort comme le « Zorro des temps modernes » chargé de protéger les victimes contre les EMNs violant leurs droits⁴⁴⁷.

Le développement du contentieux de la réparation contre les EMNs doit évoluer vers de nouvelles alternatives et vers de nouveaux horizons juridiques afin de permettre aux victimes de multiplier les possibilités de réparation. Dans un environnement mondialisé, où les juges ne peuvent plus se limiter à trancher des affaires sous les auspices d'une « communauté purement territoriale »⁴⁴⁸, les tribunaux nationaux des autres États sont appelés à adhérer plus activement au processus de « transnationalisation »⁴⁴⁹, qui transcende la vision classique de l'intérêt national pour permettre une prise en compte des intérêts des victimes. En combinant une instrumentalisation habile des dispositifs normatifs susceptibles d'offrir une protection et une réparation efficaces et effectives des victimes des violations des droits humains, à une jurisprudence plus audacieuse, les juges étrangers pourraient définitivement élargir les sentiers pour conduire à la réparation des victimes⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Benjamin THOMPSON, préc., note 439, p. 87, «[the ATS is] a garden-variety state common law tort claim that happens to occur in a federal court' and that consequently the presumption against extraterritoriality would apply». Sur le rôle du juge américain, J.-F. FLAUSS, préc., note 358, p. 243 et suiv.

⁴⁴⁸ Horatia MUIR WATT., préc., note 255, p. 901.

⁴⁴⁹ Jacques CHEVALIER, préc., note 446, p. 41.

⁴⁵⁰ Par exemple des lois peuvent être votées pour spécifiquement faciliter le recours en réparation pour certaines violations, voir à ce sujet la loi américaine de 1999 de la Californie qui donne un droit de recours pour les victimes de travail forcé de la Seconde Guerre mondiale et/ou leurs héritiers, dans ce sens, Catherine KESSEDJIAN, « Les actions civiles pour violations des droits de l'homme-Aspects de droit international privé », dans *Comité français de droit international privé (éd) : Années 2002-2004*, A. Pedone, Paris, 2005, p.151, à la page 153. D'autres auteurs proposent d'amender l'ATCA pour clarifier les critères à remplir pour renverser la présomption d'extraterritorialité et pour définir quels types d'activités touchent et concernent les États-Unis, Voir aussi G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE préc., note 421, p. 70.

CHAPITRE 3 LES AVENUES ENVISAGEABLES POUR UNE MISE EN ŒUVRE EFFICIENTE DU DROIT À RÉPARATION PAR LES EMNS

La portée de l'ATCA ayant été considérablement réduite ces dernières années aux États-Unis, les victimes des violations des droits humains ont dû s'orienter vers d'autres voies. Le droit international de la réparation entretient avec les droits nationaux des liens très étroits, et cette filiation permet aux victimes de rechercher des réparations au niveau des autres juridictions nationales à travers le monde. L'étude de la pratique du contentieux transnational⁴⁵¹ des droits humains montre que les victimes exercent leur recours majoritairement devant les juridictions occidentales, pour contourner les obstacles qui jalonnent le chemin des plaintes transnationales dans les pays dont les EMNs ne sont pas originaires⁴⁵². En effet, lorsque les victimes intentent des recours dans les pays étrangers où les éléments de rattachement avec les EMNs sont minces, les recours se heurtent souvent à de nombreux rejets en raison de l'application de l'exception du « *forum non conveniens* »⁴⁵³. Cette règle procédurale élaborée pour résoudre les questions de compétence des juges et de litispendance transnationale a pris de l'expansion ces dernières années⁴⁵⁴. La doctrine interprète d'ailleurs l'application de cette règle comme une obligation implicite pour les demandeurs d'exercer leurs recours contre les EMNs dans les pays d'accueil où se sont déroulées les violations⁴⁵⁵. Or dans les pays d'accueil où surviennent les violations, les

⁴⁵¹ Le contentieux transnational des droits de l'homme n'est pas constitué de formes d'actions particulières, il s'appuie sur des fondements juridiques variés. En effet, par son objet il transcende et dépasse les frontières des ordres juridiques nationaux, sans pour autant s'inscrire dans l'horizon de l'ordre international classique, B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, préc., note 213, p. 77-78.

⁴⁵² Cette forme de contentieux encore appelé « foreign direct liability litigation » s'est développée ces dernières années en Australie, en Angleterre, au Canada et aux États-Unis. Ce type de recours représente le revers de la médaille de l'investissement direct étranger et il vise l'application des standards minimum par les multinationales en testant les limites de principes juridiques existants au lieu de chercher des nouvelles réglementations pour tenir les entreprises responsables pour les impacts négatifs sur l'environnement, la santé, le droit des travailleurs, résultant de leurs activités dans les pays en voie de développement. Peter MUCHLINSKI, « Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework : Implication for Corporate Law, Governance, and Regulation », (2012) 22 *Business Ethics Quarterly* 145, 152.

⁴⁵³ Doctrine d'origine écossaise largement appliquée dans les pays ayant la *Common Law* pour tradition et qui permet aux tribunaux de décliner leur compétence en se fondant sur certains critères notamment le caractère adéquat d'un for alternatif ; la localisation des parties ; la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir ; du droit applicable aux questions en cause ; des délais de prescription applicables ; de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond. Voir INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Session de Bruges, *Le recours à la doctrine du forum non conveniens et aux « anti-suit injunctions » : principes directeurs* (2003), p.2, en ligne : <http://www.idi-iiil.org/idiF/resolutionsF/2003_bru_01_fr.pdf> (Site consulté le 15 juin 2014).

⁴⁵⁴ *Id.*

⁴⁵⁵ G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER, préc., note 421, p. 6.

gouvernements sont trop souvent incapables d'assurer des voies d'accès efficaces ou, dans les pires cas, ils entravent volontairement les possibilités de recours judiciaire pour les victimes en raison de leur désir d'attirer les investisseurs tel que démontré précédemment. Quand bien même une juridiction nationale se porterait vaillamment compétente pour trancher ce genre de litige, les obstacles et les pressions pourraient être encore plus importants. La récente affaire impliquant l'entreprise Chevron accusée de pollution en Amazonie en Équateur illustre bien l'étendue des difficultés qui se rattachent à la mise en œuvre du droit à réparation dans les pays d'accueil⁴⁵⁶. Dans cette affaire, un tribunal équatorien a condamné l'entreprise américaine Chevron à verser près de 9,5 milliards de dollars aux demandeurs en réparation de dommages environnementaux⁴⁵⁷. Malgré cette décision d'envergure, les victimes rencontrent toutefois des obstacles majeurs pour faire exécuter cette décision de justice dans les pays où l'entreprise détient des actifs⁴⁵⁸. De surcroît, Chevron a développé plusieurs stratégies assimilables à des poursuites baillonnées⁴⁵⁹, pour empêcher que les accusations ne se multiplient devant d'autres instances⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ L'affaire premièrement introduite en 1993 aux États-Unis a été rejetée sur le fondement du *forum non conveniens*, voir *Aguinda v. Texaco, Inc.*, 303 F.3d 470 (2d Cir. 2002). En 2003, Texaco fut rachetée par Chevron, et le litige fut finalement porté devant les tribunaux équatoriens.

⁴⁵⁷ En 2011, un tribunal équatorien a rendu un jugement qui condamnait Chevron à payer plus de 18 milliards de dollars pour remédier aux dégâts environnementaux. Texaco a contesté vivement le jugement, affirmant qu'il était le fruit de pressions politiques et de fraudes. En novembre 2013, la Cour suprême équatorienne a confirmé le jugement contre Chevron, mais a réduit le montant des dommages de moitié, voir *Texaco/Chevron*, Bus. & Hum. Rts. Ressource Centre, Documents/Oilpollution/Ecuador/Lawsuit, en ligne : <<http://www.business-humanrights.org/Documents/Oilpollution/Ecuador/Lawsuit>> (Site consulté le 9 juin 2014).

⁴⁵⁸ Les juges aux États-Unis ont refusé d'exécuter la décision équatorienne. Au Canada l'affaire est pendante devant la Cour suprême (*Chevron Corporation, et al. v. Daniel Carlos Lusitande Yaguaje, et al.*, 2014 CanLII 16022 (SCC)) qui a suspendu l'ordonnance de la Cour d'appel de l'Ontario qui s'est déclarée compétente pour faire exécuter le jugement contre Chevron et sa filiale canadienne basée en Alberta, voir *Yaguaje v. Chevron Corp* (2013 ONCA 758), *Yaguaje v. Chevron Corp* (2014 ONCA 40).

⁴⁵⁹ Ces actes sont qualifiés de poursuites stratégiques contre la mobilisation publique. Ils se traduisent par des procès en représailles contre les victimes ou leurs représentants, avec pour objectif d'intimider et de faire taire les critiques. Dans ce sens, G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER, préc., note 455, p. 48 et 120. Chevron a déposé une plainte en février 2011 sur le fondement de la *Racketeer Influenced Corrupt Organization Act* (RICO) accusant les avocats et les représentants des victimes d'avoir conspiré pour extorquer 113 milliards de dollars à Chevron par un procès frauduleux, voir *Chevron v. Bonifaz*, No. 09-05371 CW, 2010 WL 1948681, 1 (N.D.Cal. May 12, 2010). *Chevron v. Donziger*, No. 11 Civ. 0691 (LAK), 2013 WL 5575833, 1 (S.D.N.Y. Oct. 10, 2013).

⁴⁶⁰ En septembre 2009, Chevron a à son tour déposé une demande à un comité pour un arbitrage international devant la Cour permanente d'arbitrage de La Haye, alléguant que le gouvernement équatorien a violé les clauses du traité d'investissement entre les États-Unis et l'Équateur en influençant indûment le pouvoir judiciaire et compromettant ainsi l'indépendance de la magistrature. Les arbitres ont rendu une décision en faveur de Chevron, et en 2010 ils ont également ordonné que l'Équateur suspende l'exécution de tout

Ces nombreuses limitations au niveau des États d'accueil des EMNs contraignent donc les victimes à procéder de façon stratégique en exportant les procédures vers le for des États d'origine des EMNs. Les tribunaux des pays d'origine des EMNs, rappelons-le, jouissent d'une certaine liberté concernant la reconnaissance de leur compétence juridictionnelle conformément aux règles de droit international privé pour régler les litiges portant sur une situation privée et qui présente des éléments d'extranéité. À cet égard, les juges de la CPJI avaient rappelé cette discrétion conférée aux États par le droit international dans la célèbre affaire du *Lotus* en affirmant que :

« La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'État est celle d'exclure — sauf l'existence d'une règle permissive contraire — tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre État. Dans ce sens, la juridiction est certainement territoriale; elle ne pourrait être exercée hors du territoire, sinon en vertu d'une règle permissive découlant du droit international coutumier ou d'une convention. Mais il ne s'ensuit pas que le droit international défende à un État 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 peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. »⁴⁶¹

Par ailleurs, les États peuvent également se baser sur les règles de la compétence personnelle pour accepter les recours en tant que juridiction de l'État du domicile ou du siège de la partie défenderesse. Dans la première section de ce chapitre, nous analyserons donc les raisonnements juridiques développés dans certains pays d'origine des EMNs, susceptibles de permettre une mise en œuvre efficace du droit à réparation (Section 1). À côté de ces voies subsidiaires pleines de promesses, mais aussi porteuses de nombreuses incertitudes, il nous a paru nécessaire de sortir des sentiers juridictionnels pour examiner certaines initiatives auxquelles ont souscrit des EMNs pour répondre aux violations des droits humains. Ces issues alternatives doivent nécessairement être explorées puisque :

« Entre la régulation classique (couteuse et inadaptée aux opérations) et l'autorégulation de surface, une troisième voie est possible, disposant d'un arsenal normatif très riche incluant la nature prescriptive des normes privées dont certaines établissent les usages, la *lex mercatoria* de demain.»⁴⁶².

jugement rendu contre la société dans les procédures judiciaires équatoriennes. Voir *Texaco/Chevron*, Bus. & Hum. Rts. Resource Centre, préc., note 457.

⁴⁶¹ CPJI, Affaire du *Lotus* (série A) n° 9, 7 septembre 1927, p. 18.

⁴⁶² Yann QUEINNEC et William BOURDON, « Entreprises transnationales et droits de l'homme : À la recherche des combinaisons normatives adaptées », (2013) 2 *Journal européen des droits de l'homme* 175, 204.

Dans la seconde section de ce travail nous démontrerons à travers un cas pratique comment les initiatives relevant du secteur privé peuvent permettre aux victimes d'exercer leur droit à réparation grâce à une participation plus substantielle des EMNs. Le choix d'étude pour illustrer cette thèse se base sur les réponses internationales apportées aux victimes par les acteurs sociaux, dont les EMNs à la suite de l'effondrement du Rana Plaza qui a coûté la vie à plus de mille employés au Bangladesh. Pour des raisons pratiques, compte tenu de l'ampleur restreinte de cette étude, l'analyse se limitera à ce cas. Toutefois, il faut noter que ce choix est particulièrement pertinent puisque le secteur du textile pose beaucoup de défis contemporains en termes de respect des droits des travailleurs. Nous envisagerons alors dans quelle mesure l'implication des EMNs peut permettre l'élaboration d'une voie alternative effective et efficace pour la consolidation d'un droit à réparation aux victimes de violations en matière du droit du travail (Section 2).

Section I Les opportunités et les arguments juridiques pour la mise en œuvre du droit à réparation face aux limites du droit international

La mise en œuvre du droit à réparation est possible dans certains pays européens grâce à l'accès aux tribunaux qui est relativement facilité par un encadrement régional favorable⁴⁶³. Au niveau du continent européen notamment, on note une certaine volonté juridique et politique d'encadrer la responsabilité des entreprises⁴⁶⁴. Au rang des stratégies employées ces dernières années dans le contentieux contre les EMNs, on note l'utilisation de principes

⁴⁶³ Au niveau de la réglementation voir le *Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Règlement (CE) N°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (2001), J.O (L 12) 1, (Bruxelles I), et la *Loi applicable aux obligations non contractuelles en matières civiles et commerciales*, Parlement et Conseil européen, CE N° 864/2007, 11 juillet 2007, J.O (L 199) 40 (Règlement de Rome II). La position de la Cour de justice de l'Union européenne qui a affirmé que l'application du *forum non conveniens* était contraire aux objectifs de Bruxelles I dans la décision *Andrew Owusu v. N.B. Jackson*, a aussi contribué au règlement de plusieurs affaires intentées contre des EMNs devant certains tribunaux européens : Case C-281/02, 2005 E.C. R. OJ C 106. Dans ce sens, voir Amissi MANIRABONA, « La responsabilité civile des entreprises pour complicité aux violations des droits humains à l'étranger : au-delà de l'exception du forum non conveniens en droit québécois », (2013) 3 *Journal européen des droits de l'homme* 436, 447.

⁴⁶⁴ Robert MCCORQUODALE, « Waving not drowning: *Kiobel* outside The United States », (2013) 107 *The American Journal Of International Law* 846.

généraux tirés en droit national des règles de la responsabilité civile délictuelle devant certains tribunaux.

La structure de certains de ces principes se retrouve d'une certaine manière reformulée dans le rang des stratégies visant à encadrer la responsabilité des EMNs par le cadre de référence des *Principes directeurs de l'ONU*, dont notamment le principe de diligence raisonnable⁴⁶⁵. Ce principe revêt une dimension proactive⁴⁶⁶ et les *Principes directeurs* énoncent d'ailleurs que la diligence raisonnable est formée d'une large gamme d'obligations positives qui exigent des EMNs qu'elles s'informent, préviennent⁴⁶⁷ et évitent que leurs activités aient un impact négatif sur les « droits de l'homme manifestes »⁴⁶⁸. La diligence raisonnable et le droit à réparation sont intimement liés, puisqu'elle existe en amont pour prévenir et atténuer toute incidence *potentielle* sur les droits humains, alors qu'en aval la réparation a pour but de corriger toute incidence *réelle* sur les droits humains qu'une entreprise cause ou à laquelle elle contribue⁴⁶⁹. Bien que la diligence raisonnable énoncée par les *Principes directeurs de l'ONU* soit énoncée dans un instrument de nature non contraignante, elle présente tout de même un certain potentiel dans la mesure où :

⁴⁶⁵ La diligence raisonnable n'est pas un nouveau principe en droit puisqu'il était déjà mis en œuvre dans les relations interétatiques. Il était déjà utilisé dans les affaires d'arbitrage notamment dans les affaires impliquant la responsabilité de l'État pour protéger contre les atteintes aux étrangers ou leurs propriétés, Voir par exemple *Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol*, 1^{er} mai 1925, Recueil des Sentences Arbitrales, vol.2, p. 655 et 656, en ligne : <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/615-742.pdf> (Site consulté le 5 juin 2014). Dans le domaine de la protection de l'environnement par exemple, il a été envisagé que l'obligation de diligence superposée au principe de précaution puisse constituer une nouvelle source d'obligation. Dans ce sens, voir Hélène Trudeau, « Du droit international au droit interne: l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement », (2002-2003) 28 *Queen's L.J* 455.

⁴⁶⁶ *Principes directeurs ONU*, Principe 15, §b. Les modalités de la diligence sont énoncées au Principe 17.

⁴⁶⁷ Cette prévention s'effectue par la mise en place des principes opérationnels, et d'un engagement politique qui doit être ancré dans une déclaration publique reformulant les normes de responsabilité sociale de l'entreprise (RSE). *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Principe 16.

⁴⁶⁸ Les droits manifestes se réfèrent aux droits susceptibles d'être le plus en danger par les activités d'une EMN. Ils varient en fonction du secteur et du contexte d'exploitation et sont logiquement ceux sur lesquels les EMNs doivent concentrer leurs premiers efforts. Pour une entreprise de chaussures par exemple l'implication dans les atteintes aux droits du travail dans sa chaîne de production, tandis que pour une société pharmaceutique, le droit à la santé sera particulièrement manifeste, tout comme le seront la liberté d'expression et le droit à la vie privée pour une entreprise de technologie de l'information et des communications, HCDH, *Guide interprétatif*, p. 7 et 31.

⁴⁶⁹ *Id.*, p.38. Une « incidence potentielle étant comprise ici comme une incidence négative qui peut survenir, mais qui ne s'est pas encore matérialisée, alors que l'incidence réelle est une incidence négative qui s'est déjà produite ou qui est en train de se produire et qui nécessite une action pour empêcher sa matérialisation, ou du moins pour atténuer (réduire) autant qu'elle le peut son étendue », p. 8 et 19.

« [...] due diligence has certain important legal implications that may result in the institutionalisation through legal practice of a legally binding duty to observe human rights. Due diligence is part of the process of dealing with legal liability and so has to meet the standards set up in law to discharge a duty of care. »⁴⁷⁰

Cette section permettra de présenter dans un premier temps comment le manquement au principe de diligence raisonnable peut engager la responsabilité civile délictuelle des EMNs et servir de base possible pour la mise en œuvre du droit à réparation (§ 1), et dans un deuxième temps nous présenterons les obstacles attenants à la diligence raisonnable et les autres arguments juridiques au niveau national susceptibles d'influencer la mise en œuvre de ce droit (§ 2).

Paragraphe 1 La responsabilité civile des EMNS et l'obligation de diligence comme base possible pour la mise en œuvre du droit à réparation

En droit interne, la responsabilité civile délictuelle peut être engagée si une partie a manqué d'agir avec diligence pour empêcher un tort ou un préjudice à une victime. Pour mettre en cause cette responsabilité civile, trois conditions sont nécessaires notamment l'existence d'une faute volontaire ou involontaire, l'existence d'un dommage, et un lien de causalité entre la faute et le dommage. En *Common Law*, la faute involontaire peut résulter d'un manquement au *duty of care*, traduit comme une obligation légale de vigilance, de prévoyance et de prudence qui consiste à éviter de poser des actes ou des omissions qui peuvent être de nature à causer un préjudice à l'autre⁴⁷¹. Elle peut aussi résulter de la négligence de l'auteur qui équivaut à un comportement déraisonnable susceptible de causer un tort, et qui résulte du défaut d'agir avec diligence raisonnable⁴⁷². En étendant cette

⁴⁷⁰ P. MUCHLINSKI, préc., note 452, p. 157.

⁴⁷¹ Comme R. H. MANKIEWICZ l'énonçait déjà, il reste difficile de rendre dans la traduction française de la notion du *duty of care*. « Cette expression se précise lorsqu'on envisage le fait qui constitue la violation de ce devoir. Il se ramène, en effet, à un « manque de soin », dans « La responsabilité du fabricant à l'égard de l'utilisateur ou consommateur de ses produits, d'après le *Common Law* canadien », (1956) 2 *Revue internationale de droit comparé* 241.

⁴⁷² O. DE SCHUTTER, Anita RAMASASTRY, Mark B. TAYLOR et Robert C. THOMPSON, « La diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des États », Table ronde sur la reddition de comptes des entreprises internationales (ICAR), décembre 2012, en ligne : < <http://business-humanrights.org/media/documents/la-diligence-raisonnable-en-matiere-de-droits-humains-role-des-Etats.pdf> > (Site consulté le 10 juin 2014), p. 18.

approche, des liens peuvent être aisément faits à ce niveau entre le principe de diligence et la responsabilité civile. Il s'agira dès lors d'examiner à l'aide de quelques jugements les déclinaisons de l'obligation de diligence en examinant la responsabilité de la filiale en cas de négligence (1) et celle d'une société mère pour manquement au « *duty of care* » (2).

1) L'obligation de réparer pour une filiale étrangère en cas de négligence devant les tribunaux de l'État d'origine : le cas de Shell aux Pays-Bas

Une étude récente de la jurisprudence aux Pays-Bas permet d'affirmer une ouverture progressive de ce pays pour trancher les litiges à caractère transnational. Un tribunal néerlandais a en effet rendu un jugement important qui démontre les issues envisageables pour tenir les EMNs responsables de dommages environnementaux commis à l'étranger⁴⁷³. En principe, le système juridique des Pays-Bas offre la possibilité aux victimes étrangères de poursuivre les EMNs et leurs filiales basées hors des frontières de l'Union Européenne, conformément au vaste mouvement enclenché ces dernières années et qui correspond à l'émergence d'une « légalité cosmopolite »⁴⁷⁴. Ces dernières années des juges néerlandais ont démontré une certaine ouverture judiciaire en assouplissant les critères de rattachement permettant d'établir leur compétence aux Pays-Bas dans les affaires présentant des éléments d'extranéité⁴⁷⁵. Les juges néerlandais appliquent d'ailleurs de plus en plus la règle

⁴⁷³ Nicola JÄGERS, Katinka JESSE et Jonathan VERSCHUUREN, « The Future of Corporate Liability For Extraterritorial Human Rights Abuses: The dutch Case Against Shell », (2014) *The American Journal Of International Law and Ajil Unbound* e-36, e-37.

⁴⁷⁴ Peter MUCHLINSKI et Virginie ROUAS soutiennent que les échanges juridiques et normatifs aux niveau des juridictions contribuent à l'éclosion d'une légalité qui regroupe des règles hétérogènes et d'origine diverse, voir « Foreign direct-liability Litigation. Toward the Transnationalisation of Corporate Legal Responsibility », dans L. BLECHER, N. STAFFORD, G. BELLAMY, préc., note 393, p. 357, à la page 371. Malgré cet entrebâillement, l'une des conditions principales pour introduire une requête devant le juge néerlandais est que le lieu de l'introduction du recours soit celui du domicile du défendeur, voir les articles 2 (1) et 60 (1) du Règlement de Bruxelles I précisant que la juridiction compétente est celle de l'État membre où le défendeur a son domicile, *Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JO L 12, 16.1.2001, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32001R0044>> (Site consulté le 5 juin 2014).

⁴⁷⁵ Voir dans ce sens l'affaire *El-Hojouj v. Unnamed Libyan Officials*, dans laquelle les tribunaux néerlandais ont reconnu leur compétence pour trancher le recours intenté contre des officiers libyens par un docteur palestinien, dont le lieu de résidence était inconnu et les liens avec les Pays-Bas très limités, Arrondissementsrechtbank Den Haag, Case No. 400882/HA ZA 11-2252 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748), 21 Mars 2012.

du *forum necessitatis* pour justifier l'exercice de leur compétence dans les affaires ne présentant pas de connexion avec l'ordre juridique néerlandais⁴⁷⁶.

L'affaire qui nous intéresse ici fut introduite en 2008 devant le tribunal du district de La Haye, contre Shell par quatre pêcheurs et agriculteurs nigériens⁴⁷⁷. En effet, depuis plus de 50 ans, la vague de libéralisation et de globalisation économique a attiré beaucoup d'investisseurs au Nigéria, premier producteur de pétrole en Afrique subsaharienne et huitième exportateur mondial⁴⁷⁸. Cette exploitation, toutefois extrêmement polluante, a maintes fois été dénoncée par les victimes, sans toutefois qu'elles ne réussissent à tenter avec succès des recours devant les tribunaux nigériens contre les entreprises pétrolières actives à travers le pays. Au rang de celles-ci, la filiale nigérienne Shell Petroleum Development Company (SPDC) a plusieurs fois été critiquée pour les nombreux déversements de pétrole causés par un contrôle et une maintenance inadéquate des infrastructures pétrolières de l'opérateur. Entre 2004 et 2006, des déversements ont eu lieu dans les villages d'Oruma, de Goi et d'Ikot Ada Udo, provoquant la contamination des terres, des sources d'eau potable, des étangs de poissons et le déplacement de nombreux villageois privés de leurs moyens de subsistance. Bien que la SPDC ait mis en œuvre des mesures de dépollution, des rapports ont clairement démontré que celles-ci étaient insuffisantes et non conformes aux normes en vigueur, au regard de l'importance des dégâts environnementaux⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ P. MUCHLINSKI, V. ROUAS, préc., note 474, p. 383, N. JÄGERS, K. JESSE, J. VERSCHUUREN., préc., note 473, p.e-39. Le *forum necessitatis* ou le forum de nécessité est une règle appliquée pour permettre l'accès aux tribunaux indépendamment du lieu des dommages ou de la nationalité des victimes, lorsque les juges estiment que suivant certaines circonstances exceptionnelles les victimes n'auront pas de possibilité de trouver justice si l'affaire n'est pas tranchée par leur for. Rarement appliquée dans la pratique, elle dispose d'un fort potentiel pour la mise en œuvre de la responsabilité directe étrangère. Pour une étude détaillée sur la question, voir Chilenye NWAPI, « Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor », (2014) 30 *Utrecht Journal of International and European Law* 24.

⁴⁷⁷ *Dooh & Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, LJN : BY9845, *Rechtbank's-Grave*, C/09/337058 / HA ZA 09-1581 (2013), *Oguru & Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, LJN : BY9850, *Rechtbank's-Grave*, C/09/330891 / HA ZA 09-0579 (2013), *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, LJN: BY9854 *Rechtbank's-Grave*, C/09/337050/HA ZA 09-1580 (2013), jugements disponibles sur le site des Amis de la Terre, en ligne : <<https://milieudéfensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press/documents/documents-on-the-shell-legal-case>> (Site consulté le 12 juin 2014).

⁴⁷⁸ Encyclopedie Universalis, Nigéria, L'économie du Nigéria, en ligne : <<http://www.universalis.fr/encyclopedie/nigeria/6-l-economie-nigeriane/>> (consulté le 2 Avril 2013).

⁴⁷⁹ Un rapport accablant du Programme des Nations Unies pour l'environnement datant de 2011 illustre parfaitement les nombreuses défaillances dans la gestion des déversements par Shell. Par exemple, les

Face à l'inertie, à la paralysie judiciaire et au verrouillage institutionnel au Nigéria, des victimes nigérianes ont intenté un recours en indemnisation, aux Pays-Bas, puisque l'entreprise y a son siège social⁴⁸⁰. Des poursuites civiles ont donc été entamées en 2008 par les victimes et l'association de défense de l'environnement, les Amis de la Terre (Milieudéfensie) basée aux Pays-Bas, devant les juges néerlandais. Les victimes accusaient la SPDC et la maison mère Royal Dutch Shell Plc., (RDS), respectivement d'être responsable des déversements des fuites d'hydrocarbure, et d'avoir négligé de prendre des mesures appropriées pour que la SPDC empêche et contrôle efficacement la pollution environnementale dans leurs villages au Nigéria⁴⁸¹. La SPDC de son côté affirmait que le déversement était consécutif aux sabotages de ses installations dans la région, un problème familier au contexte nigérian. Le 30 décembre 2009, le tribunal du District de La Haye s'est déclaré compétent pour trancher le recours en accordant ainsi le droit aux requérants de poursuivre conjointement la Société mère et sa filiale nigériane⁴⁸².

En janvier 2013, l'instance s'est enfin prononcée dans une décision historique en condamnant la filiale de Shell au Nigeria à verser des indemnités à l'un des demandeurs en se fondant sur l'obligation de diligence dans l'un des cinq recours présentés, et en rejetant les accusations contre la RDS⁴⁸³. Le recours qui a connu une issue favorable pour le demandeur avait été intenté par Friday Alfred Akpan, un agriculteur et pêcheur nigérian

opérations de dépollution ont commencé dans ces localités plusieurs mois après les déversements, alors que les directives et normes environnementales pour l'industrie pétrolière prévoient que le nettoyage doit être assuré dans les 24 heures suivant les déversements, voir UNEP, « L'étude du PNUE sur les impacts de l'exploitation pétrolière en pays Ogoni révèle l'étendue de la contamination environnementale et les risques pour la santé humaine », Aug 4, 2011, en ligne <<http://www.unep.org/newscentre/default.aspx?DocumentID=2649&ArticleID=8827&l=fr>> (consulté le 2 avril 2014).

⁴⁸⁰ La compagnie Shell constituée en vertu du droit anglais est basée à Londres, et son siège social se trouve à La Haye au Pays-Bas. Royal Dutch Petroleum Company et Shell Transport and Trading Company se sont unifiées depuis 2005 sous le nom de Royal Dutch Shell plc, Shell.com, Shell at a Glance, en ligne <<http://www.shell.com/global/aboutshell/at-a-glance.html>> (Site consulté le 1 avril 2014).

⁴⁸¹ *Akpan v. Royal Dutch Shell PLC*, LJN: BY9854 Rechtbank's-Grave, C/09/337050/HA ZA 09-1580 (2013) Traduction de l'affaire sur le site de Milieudéfensie, en ligne <<http://www.milieudéfensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press/documents/documents-on-the-shell-legal-case>> (Site consulté le 10 juin 2014), §3.2.

⁴⁸² *Akpan v. Royal Dutch Shell* §4.6.

⁴⁸³ Pour les quatre autres cas voir *Dooh & Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, LJN : BY9845, Rechtbank's-Grave, C/09/337058 / HA ZA 09-1581 (2013), *Oguru & Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd*, LJN : BY9850, Rechtbank's-Grave, C/09/330891 / HA ZA 09-0579 (2013), jugements disponibles sur le site de milieu Milieudéfensie en ligne : <<https://milieudéfensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press/documents/documents-on-the-shell-legal-case>> (Site consulté le 12 juin 2014).

qui réclamait une compensation en raison du déversement du pétrole ayant causé la contamination du sol et des étangs de poissons entre 2006 et 2007 dans le village d'Ikot Ada Udo⁴⁸⁴. Malgré les contestations de Shell qui s'opposait à la compétence du tribunal néerlandais pour trancher l'affaire, les juges de La Haye ont affirmé que bien que les opérations de Shell au Nigeria n'aient aucune connexion directe avec les Pays-Bas, la plainte contre la maison mère et la filiale reposait sur le même fondement juridique, notamment la négligence. Le tribunal a donc estimé qu'il était possible de faire une audience conjointe en se basant sur l'article 7 du Code de procédure civile. Les juges de La Haye ont d'autant plus affirmé leur compétence puisque le Règlement Bruxelles I dote les tribunaux de la capacité d'examiner les demandes contre des entreprises domiciliées au sein de l'Union Européenne, et la RDS est domiciliée aux Pays-Bas.

Les juges néerlandais ont utilisé la législation néerlandaise encadrant les conflits des lois puisque l'affaire portée devant le tribunal ne tombait pas dans le champ d'application temporel du Règlement Européen (CE) n°864/2007 sur la loi applicable aux opérations contractuelles étant donné que les événements allégués se sont déroulés entre 2006 et 2007 et donc avant la date d'entrée en vigueur soit le 11 janvier 2009. Le tribunal a de ce fait déterminé que la loi nigériane (loi de la juridiction où les dommages se sont produits) était applicable au litige⁴⁸⁵. Le droit nigérian étant basé sur le système de la *Common Law*, les juges se sont référés à de nombreuses décisions anglaises pour appuyer leur raisonnement⁴⁸⁶. Ils ont également fait référence à la loi nigériane ayant partiellement codifié la responsabilité des opérateurs pour les dommages résultant de déversements d'hydrocarbures⁴⁸⁷. Le tribunal a ainsi déterminé que M. Akpan jouissait d'un droit d'action en tant que propriétaire légitime des terres et des étangs de poissons contaminés, en se référant à l'affaire *Mogaji Ors.Export Ltd v. Cadbury Fry*⁴⁸⁸. M. Akpan soutenait que la

⁴⁸⁴ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, préc., note 482.

⁴⁸⁵ Il faut préciser que le règlement de Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles adopté en 2007 s'applique aux dommages survenus après le 11 janvier 2009 (voir les articles 1 et 32). Or l'affaire présentée devant la cour de district des Pays-Bas concernait des faits qui se sont déroulés entre 2004 et 2007.

⁴⁸⁶ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §4.22.

⁴⁸⁷ Loi sur les oléoducs nigériane 1956, Nigerian Legislation, Oil Pipelines Act (OPA), Chapter 338, en ligne : <http://www.commonlii.org/ng/legis/num_act/opa150/> (consulté le 4 avril 2014).

⁴⁸⁸ Shell contestait le droit d'action d'Akpan en se basant sur le principe de la *Common Law* nigériane selon lequel la terre et les étangs de poissons dans les zones rurales sont détenus conjointement par toute la communauté locale. Les juges ont rejeté cet argument en se basant sur la décision de la Cour Suprême du Nigeria, *Mogaji Ors.Export Ltd v Cadbury Fry*, (1972) LPELR-SC.284/1969, selon laquelle le fait qu'une

SPDC avait commis un délit de négligence en abandonnant le puits d'exploitation d'hydrocarbure IBIBIO-I sans prendre des mesures pour le sécuriser. Par ailleurs, selon le requérant, la SPDC n'avait pas nettoyé ni en totalité ni de manière adéquate les déversements de pétrole qui ont par la suite pollué les terres et les étangs entre 2006 et 2007 près d'Ikot Ada Udo⁴⁸⁹. De plus, la RDS avait failli à son obligation d'inciter sa filiale à répondre de façon efficace aux déversements en s'assurant que la SPDC avait suffisamment de ressources financières et l'expertise technique nécessaires pour le faire⁴⁹⁰.

Conformément à la loi nigériane applicable, en principe une compagnie pétrolière n'est pas responsable des déversements d'hydrocarbures causés par le sabotage⁴⁹¹. Toutefois, les juges ont estimé, en se basant sur la décision de la Chambre des Lords britannique dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*⁴⁹² que le délit de négligence est commis dans le cas où le défendeur a manqué à une obligation de diligence, qui a causé des dommages au demandeur. En vertu du droit nigérian, l'obligation de diligence est déterminée sur la base de trois critères tirés de l'affaire *Caparo Industries Plc v. Dickman*⁴⁹³. Le premier élément est la prévisibilité pour le défendeur que le demandeur subira un préjudice; le second est la proximité entre le demandeur et le défendeur; et le troisième élément consiste à déterminer s'il est juste, équitable et raisonnable de supposer que le devoir de diligence existe dans une situation spécifique⁴⁹⁴.

En règle générale, la *Common Law* nigériane ne reconnaît pas une obligation générale de diligence pour éviter aux parties de souffrir des dommages résultant de la pratique d'une troisième partie. Cependant, le tribunal a relevé que la décision *Smith v Littlewoods* créait des exceptions à la règle⁴⁹⁵. Les juges néerlandais ont ainsi estimé que

personne cultive et mette en valeur les terres agricoles constitue une preuve suffisante pour déterminer qu'elle les possède. *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §4.17.

⁴⁸⁹ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §3.2.

⁴⁹⁰ *Id.*

⁴⁹¹ *Id.*, §4.36, OPA, Section 11 (5) (c).

⁴⁹² House of Lords, *Donoghue v. Stevenson*, AC 562 (1932) *Akpan v. Royal Dutch Shell*, § 4.23.

⁴⁹³ House of Lords, *Caparo Industries Plc v. Dickman*, 2 AC 605 (1990) *Akpan v. Royal Dutch Shell*, § 4.23.

⁴⁹⁴ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, § 4.22-23. La jurisprudence du Nigeria se base sur ces trois critères pour déterminer l'obligation de diligence. Rappelons que les juges utilisent une approche dite progressive, puisque l'obligation est déterminée au cas par cas, car les systèmes juridiques fondés sur la *Common Law* ne reconnaissent pas une classification générique pour les délits issus de la responsabilité délictuelle.

⁴⁹⁵ House of Lords, *Smith v. Littlewoods Organisation Ltd* AC 241, (1987) Les exceptions sont notamment, qu'une relation spéciale ait été créée entre le demandeur et le défendeur parce que le défendeur a assumé une obligation de diligence envers le demandeur; ou s'il y avait une relation spéciale entre le défendeur et le tiers sur la base de laquelle le défendeur a eu à superviser le tiers ou a dû exercer un contrôle sur le tiers. La règle

la condition de prévisibilité a été satisfaite, en se référant aux conclusions de l'affaire *SPDC v. Otoko*⁴⁹⁶ rendue en 1990 par les juges nigériens, sur la question de la responsabilité en cas de sabotage⁴⁹⁷. Le sabotage des oléoducs et des installations pétrolières étant monnaie courante au Nigeria, il était donc prévisible que le puits Ibibio-I en soit également l'objet puisque les vannes étaient hors du sol et facilement accessibles aux saboteurs⁴⁹⁸. Le Tribunal a par ailleurs estimé que l'exigence de proximité était remplie compte tenu du fait que les personnes vivant dans le voisinage, comme Akpan, leurs terres et leurs étangs étaient soumis à des risques importants en raison des conséquences possibles d'un éventuel sabotage du puits⁴⁹⁹. Finalement les juges ont aussi estimé qu'il était juste, équitable et raisonnable d'affirmer qu'en l'espèce, la SPDC avait un devoir spécifique de diligence, qu'elle aurait pu respecter en écartant le risque de dommages écologiques consécutifs aux sabotages par un scellage du puits à l'aide d'un bouchon de béton tel qu'effectué en 2010, après le début des procédures judiciaires en cause à La Haye⁵⁰⁰.

Le Tribunal de district est ainsi parvenu à la conclusion qu'il existait un lien de causalité entre la violation de cette obligation spécifique de diligence par la SPDC et le dommage déclaré de M. Akpan. Cette décision n'engage toutefois pas la responsabilité directe de la filiale de Shell pour les fuites pétrolières au Nigeria⁵⁰¹, mais elle confirme plutôt que la filiale a commis un délit de négligence, en omettant de prendre des mesures préventives contre le déversement de pétrole par l'altération de ses oléoducs⁵⁰². Cette négligence oblige donc la SPDC conformément à la *Loi sur les Oléoducs* à verser une indemnité dont le

peut aussi être contournée si le défendeur a créé une situation dangereuse ou si le défendeur savait qu'un tiers avait créé une situation dangereuse alors que cette situation était sous l'influence de celui-ci, *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §4.24.

⁴⁹⁶ *SPDC v. Chief Graham Otoko and five others* [1990] 6 NWLR (Part 159), *Akpan v. Royal Dutch Shell*, § 4.41.

⁴⁹⁷ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, « where the immediate cause of the [oil spill] is [sabotage], the [operator] is not liable, unless [the operator] (...) should have foreseen the sabotage and should have taken measures against this.» §4. 41.

⁴⁹⁸ *Id.*, §4.42, Quelques tours de clé à molette suffisaient à ouvrir la tête du puits, contrairement aux autres affaires où les saboteurs devaient utiliser des perceuses ou des scies.

⁴⁹⁹ *Id.*, §4.43.

⁵⁰⁰ *Id.*, §4.44.

⁵⁰¹ La SPDC n'est pas responsable des déversements pétroliers, ou pour le mauvais nettoyage des fuites. OPA, Section 11 (5) (c), *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §4.36, 40. Elle n'est responsable que des fuites causées par des installations inadéquates ou défectueuses et d'avoir négligé de prendre des mesures qui auraient pu empêcher les déversements et par ricochet la contamination des étangs. §4.47, 4.48, § 4.56 « SPDC cannot be blamed for any active conduct but for negligence ».

⁵⁰² Amnesty International, « L'affaire Shell montre qu'il est possible d'obtenir justice », *Communiqués de presse*, Pays-Bas, 30 janvier 2013, PRE01/050/2013.

montant sera déterminé dans une procédure distincte pour l'évaluation des dommages-intérêts, que la SPDC devra verser à M. Akpan⁵⁰³. Bien que les trois autres recours contre la SPDC aient été rejetés⁵⁰⁴, cette victoire quoique modeste indique que même sans engager leur responsabilité directe, les entreprises doivent prendre des mesures de prudence non seulement lorsqu'elles procèdent à leurs installations, mais aussi pour assurer l'entretien de leurs équipements dans les pays où elles mènent leurs activités. Dans un contexte judiciaire généralement défavorable pour les victimes, cette décision apporte un élan d'espoir concernant la protection des victimes, d'autant plus que le tribunal a confirmé sa compétence en affirmant que l'obstacle du *forum non conveniens* n'avait plus aucun rôle à jouer en droit international privé aujourd'hui⁵⁰⁵.

Bien que les recours contre la maison mère aient été rejetés aux Pays-Bas⁵⁰⁶, d'autres instances ont fait preuve d'ouverture sur la question de l'obligation de diligence pour la maison mère.

2) L'obligation du « duty of care » de la maison mère des EMNs devant les tribunaux de l'État d'origine: le cas de Hubbay au Canada

L'application de l'obligation de diligence pour les maisons mères des entreprises n'est pas chose nouvelle devant certains prétoires européens, comme en Angleterre où la pratique est relativement développée⁵⁰⁷. Au Canada, par contre, c'est une affaire récente qui nous permet d'examiner dans quelle mesure l'obligation de diligence de la maison mère peut

⁵⁰³ OPA, Section 11 (5) (b), « [The operator shall pay compensation] to any person suffering damage by reason of any neglect on the part of [the operator] or his agents, servants or workmen to protect, maintain or repair any work structure or thing executed under the license, for any such damage not otherwise made good », *Akpan v. Royal Dutch Shell*, §4.38,46, § 5.1.

⁵⁰⁴ Selon les juges, la SPDC à ce stade n'a donc commis aucun délit de négligence dans les régions d'Oguru, Efanga et Goi puisqu'il était raisonnablement impossible de prévoir les sabotages. Un appel a été intenté par MilieuDefenzie et deux villages dont le recours a été rejeté, Goi and Oruma contre Shell et dans l'affaire Akpan contre la maison mère, 1^{er} mai 2013, en ligne : <<https://milieudefensie.nl/english/shell/oil-leaks/courtcase/press>> (Site consulté le 12 juin 2014).

⁵⁰⁵ *Akpan v. Royal Dutch Shell*, § 4.6. La décision est d'autant plus historique qu'à ce jour, la jurisprudence nigériane n'a pas de précédent juridique dans lequel un opérateur comme la SPDC a été condamné sur la base d'un délit de négligence et de l'obligation de diligence pour les dommages résultant d'un déversement de pétrole dus aux sabotages, Akpan § 4.40.

⁵⁰⁶ Les motifs du rejet sont énoncés aux pages 124 et 125 de ce chapitre.

⁵⁰⁷ Voir par exemple *Lubbe v. Cape plc*, 4 All ER 268 (HL), 2000 dans laquelle les juges anglais ont affirmé leur compétence dans un recours introduit par des travailleurs sud-africains qui accusaient la société mère (qui n'avait à l'époque plus aucun lien avec l'Afrique du Sud) d'avoir failli à son obligation de diligence en ne prenant aucune mesure de sécurité et d'hygiène pour empêcher que les conditions de travail ne les exposent à la contamination de l'amiant. L'affaire a été résolue en 2001 par le versement d'une compensation par l'entreprise.

être utilisée comme fondement d'un recours pour des violations commises par une filiale à l'étranger. En 2011, des recours furent intentés devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario par des demandeurs guatémaltèques autochtones mayas, contre l'entreprise minière canadienne HudBay Minerals, dont le siège social est situé à Toronto. Les trois recours mettaient en cause la responsabilité civile de la maison mère pour des violations présumées commises par le personnel de sécurité travaillant pour le compte de sa filiale qui détient la propriété exclusive de l'exploitation minière à El Estor, au Guatemala⁵⁰⁸. Dans le recours de *Margarita Caal Caal v. Hudbay Minerals Inc*⁵⁰⁹, onze femmes alléguaient avoir subi des viols collectifs commis par le personnel de sécurité de l'entreprise minière, la police et l'armée le 17 janvier 2007, lors de leur expropriation forcée de leur village de Lote Ocho, situé sur un terrain dont la filiale de HudBay détenait la propriété⁵¹⁰. Angelica Choc⁵¹¹, quant à elle, soutenait que le 27 septembre 2009 son mari, Adolfo Ich, un leader de la communauté autochtone qui critiquait ouvertement les pratiques minières, avait été abattu par le personnel de sécurité de HudBay Minerals. German Chub Choc⁵¹², affirmait pour sa part avoir reçu une balle qui l'a paralysé lors d'une agression commise par le chef du personnel de sécurité de l'entreprise, la même journée où Adolfo Ich fut tué. L'entreprise et sa filiale contestaient les allégations et elles ont soumis des

⁵⁰⁸ HMI Nickel Inc, est une ancienne entreprise minière canadienne qui était précédemment connue sous le nom de Skye Resources. Skye Resources Inc. a exploité le projet minier Fenix au moment des faits en 2007. Dans la même période à laquelle les recours furent introduits, HMI Nickel Inc. a fusionné avec Hudbay Minerals, qui est devenu légalement responsable de toutes les obligations souscrits par Skye Resources avant la fusion. Bien qu'en août 2011, HudBay Minerals ait vendu Compañía Guatemalteca de Níquel (CGN) et le projet Fenix, il a cependant été convenu, dans le cadre de la convention de vente, que HudBay resterait responsable de tout litige contre CGN concernant les événements de 27 Septembre 2009 d'où la mise en cause de la maison mère dans le recours engagé, *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, [2013] O.J. No. 3375.[Ci-après *Choc v. Hudbay Minerals Inc*].

⁵⁰⁹ *Caal v. HudBay Minerals Inc. and HMI Nickel Inc*, CV-11-423077, ONSC, 28 Mars 2011, en ligne : <<http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/11/Amended-Statement-of-Claim-Caal-v.-HudBay-FILED.pdf>> (Site consulté le 10 juin 2014).

⁵¹⁰ Le site d'extraction était le Fenix mining project, une exploitation minière de nickel à ciel ouvert, appartenant à Hudbay grâce à l'acquisition de Skye Resources Inc (devenu HMI Nickel Inc) *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, § 4.

⁵¹¹ *Choc v. HudBay Minerals Inc., HMI Nickel Inc. and Compania Guatemalteca de Niquel S.A.*, CV-10-411159, ONSC, 24 septembre 2010, en ligne : <<http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/11/Fresh-As-Amended-Statement-of-Claim-filed.pdf>> (site consulté le 10 juin 2014)

⁵¹² *German Chub Choc v. Hudbay Minerals Inc*, CV-11-435841, ONSC, 26 septembre 2011, en ligne : <<http://www.chocversushudbay.com/wp-content/uploads/2010/10/Statement-of-Claim-Chub-v.-HudBay-Minerals-Inc.pdf>> (site consulté le 10 juin 2014).

demandes en rejet des recours des victimes⁵¹³ au motif qu'il n'existait aucune cause d'action fondée sur la négligence⁵¹⁴. De plus, les défendeurs avançaient que le recours en négligence contre la maison mère constituait une demande implicite de levée du voile corporatif⁵¹⁵, alors que la *Common Law* reconnaît aux filiales et à la société mère une personnalité morale distincte. Finalement, selon les défendeurs il n'existerait pas une obligation de *duty of care* pour la société mère pour les activités de sa filiale et si même si une telle obligation existait, les requérants n'auraient pas démontré dans quelle mesure les faits dénoncés étaient prévisibles⁵¹⁶. La juge Carole J. Brown a balayé les arguments avancés par l'entreprise dans le jugement rendu le 22 juillet 2013. Il faut toutefois noter qu'il s'agit d'un jugement préliminaire sur la recevabilité des recours collectifs et non sur le fond.

Sur l'argument du voile corporatif, la juge affirme que bien que la séparation des entités en droit des sociétés soit un principe établi de longue date, les cours ontariennes reconnaissent cependant trois exceptions qui permettent de lever le voile corporatif⁵¹⁷:

« Ontario courts have recognized three circumstances in which separate legal personality can be disregarded and the corporate veil can be pierced: (a) where the corporation is "completely dominated and controlled and being used as a shield for fraudulent or improper conduct; (b) where the corporation has acted as the authorized agent of its controllers, corporate or human; and (c) where a statute or contract requires it. »⁵¹⁸

⁵¹³ Aux fins de ce travail, nous restreignons le champ d'analyse à la première requête. La deuxième requête en radiation invoquait la prescription du recours dans l'affaire Caal puisque plus de 2 ans s'étaient écoulés depuis les faits. La juge a toutefois rejeté cet argument au motif que l'article 10 de la *Limitation Act*, 2002 S.O. 2002, c.24, Shed. B. prévoit une exception dans les cas d'agression sexuelle lorsque la victime ne pouvait présenter sa demande avant dû à son état physique ou mental. *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, §76,77, 80-84. Dans la troisième requête, CGN alléguait que dans le cas où les demandes contre les deux autres codéfenderesses canadiennes devaient être radiées, les tribunaux canadiens n'auraient pas compétence pour les faits reprochés à l'entreprise guatémaltèque. Mais, dans le cas contraire, CGN acceptait qu'elle serait partie à l'instance. La juge Brown rejeta donc cette troisième requête préliminaire notant que CGN avait préalablement consentie à être partie à l'instance, *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, §85-86.

⁵¹⁴ *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, § 15.1.

⁵¹⁵ Les défendeurs ont fait valoir que les demandeurs sollicitaient implicitement que la Cour ignore que HudBay et sa filiale CGN étaient des entités juridiques distinctes et qu'elle impose une responsabilité de surveillance absolue de la société mère à sa filiale tel que les juges l'avaient énoncé dans l'affaire *Salomon v. Salomon & Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.), *Choc v. Hudbay Minerals Inc*, §17, 19.

⁵¹⁶ *Id.*, § 18.

⁵¹⁷ Dans *Choc v. Hudbay Minerals Inc*. Les victimes alléguaient, en plus des allégations de responsabilité directe, que le voile corporatif devrait être levé pour imposer une responsabilité à HudBay pour les délits de coups et blessures, emprisonnement illégal, et les meurtres commis par agents de sécurité employés par la filiale, § 43.

⁵¹⁸ *Id.*, § 45.

La juge a ainsi estimé que les deux premiers critères étaient applicables dans ce cas, et qu'il ne restait aux demandeurs qu'à prouver les allégations pour répondre aux critères nécessaires à la levée du voile, lors du procès⁵¹⁹. De plus, la juge a admis que le voile corporatif peut être levé si les parties demanderesses démontrent avec succès que la filiale CGN a agi comme un agent autorisé de Hudbay conformément à la théorie de l'agence qui préconise que la responsabilité d'une entreprise puisse être engagée si sa filiale agit en son nom et pour son compte.

Concernant le délit de négligence de la maison mère, les demandeurs ne prétendent pas que HudBay était responsable des délits commis par le personnel de sécurité, mais que celle-ci aurait commis un délit de négligence et aurait violé son *duty of care* en omettant de prévenir les préjudices que les victimes ont subis. Sur la détermination d'un *duty of care*, cette obligation n'ayant pas été préétablie par les tribunaux canadiens dans une affaire dont les faits sont survenus dans ce genre de contexte, la juge a appliqué le test d'*Anns* établi par la Chambre des Lords⁵²⁰ pour déterminer les conditions de l'établissement d'un « *novel duty of care* ». Premièrement, le préjudice reproché doit être une conséquence raisonnablement prévisible du manquement allégué; deuxièmement, un lien de proximité suffisamment étroit doit lier les parties, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence aux défendeurs; et troisièmement, il ne doit pas exister de considérations politiques allant à l'encontre de l'existence du *duty of care*.

Concernant le critère de prévisibilité, le tribunal de l'Ontario a conclu après l'examen des faits allégués par les victimes que les préjudices causés étaient une

⁵¹⁹ Sur le premier critère le juge a affirmé que : « The fact that Hudbay allegedly engaged in wrongdoing through its subsidiary is not enough to pierce the corporate veil. The plaintiffs would have to allege that Hudbay had used CGN "as a shield for fraudulent or improper conduct", that the very use of CGN was to avoid liability for wrongful conduct that it carried out through CGN. The plaintiffs do not plead this», Concernant le second critère « Whether or not this agency relationship is ultimately found to have existed at the relevant time, the allegation is not patently ridiculous or incapable of proof, and therefore must be taken to be true for the purposes of this motion. If the plaintiffs can prove at trial that CGN was Hudbay's agent at the relevant time, they may be able to lift the corporate veil and hold Hudbay liable. Therefore, the claim based on piercing the corporate veil in the Choc action should be allowed to proceed to trial », *Choc v. HudBay Minerals*, § 48-49.

⁵²⁰ *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, *Kamloops (City of) v. Nielson*, [1984] 2 S.C.R. 2, le test fut aussi affirmé par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263. *Choc v. HudBay Minerals*, § 52, §56.

conséquence raisonnablement prévisible de la conduite des défendeurs canadiens⁵²¹. Le juge a par ailleurs estimé qu'il existait une proximité suffisante entre les parties, en prenant en compte, les déclarations publiques émises par la société mère. Le tribunal de l'Ontario a affirmé que les déclarations dans lesquelles HudBay prétendait avoir mis en œuvre des principes internationalement reconnus en matière de sécurité et de droits de l'homme constituaient un facteur déterminant pour le critère de proximité dans l'établissement d'une nouvelle obligation de diligence. À cet égard, la juge a estimé que les actes de procédure constituaient une base suffisante pour suggérer que la relation de proximité entre les demandeurs et les défendeurs existe, de sorte qu'il ne serait pas injuste ou inéquitable d'imposer une obligation de diligence sur la société mère⁵²². Finalement, la juge a estimé qu'aucune considération politique n'empêchait ni ne limitait la reconnaissance d'une obligation de diligence *prima facie*⁵²³ à l'égard des minières canadiennes⁵²⁴.

La décision du tribunal est avant-gardiste, entre autres parce que la juge s'est appuyée sur les arguments avancés par Amnesty International, qui avait obtenu un statut d'intervenant dans le procès⁵²⁵. Amnesty a fait valoir que l'existence de diverses normes internationales de conduite démontrait la reconnaissance par les entreprises du secteur de l'industrie extractive des risques de l'emploi de forces de sécurité publiques et privées et

⁵²¹ Les demandeurs alléguaient que Hudbay et sa filiale savaient ou auraient dû savoir que la violence est fréquemment utilisée par le personnel de sécurité lors des expulsions des communautés locales. *Choc v. HudBay Minerals*, §60-65.

⁵²² Les critères de proximité comprennent: (a) un lien étroit de causalité (b) les attentes des parties, et (c) les obligations assumées ou imposées. *Choc v. HudBay Minerals*, § 67. À cet égard, la juge a affirmé que puisque HudBay / Skye avait fait des représentations publiques concernant sa relation avec les collectivités locales et son engagement à respecter les droits de l'homme, cela a pu conduire à des attentes de la part des victimes. En outre, les défendeurs s'étaient engagés auprès de la communauté à respecter les droits des autochtones, lorsqu'ils ont lancé le projet d'exploitation minière. *Choc v. HudBay Minerals*, §68-69.

⁵²³ *Id.* Il est important de préciser qu'étant donné qu'il s'agit d'une décision préliminaire, la juge n'a pas déterminé que l'obligation de diligence avait été totalement constatée, elle a conclu que, « it is not plain and obvious that no duty of care can be recognized. A *prima facie* duty of care may be found to exist for the purposes of this motion » §70.

⁵²⁴ Les défendeurs ont fait valoir de nombreux arguments parmi lesquels le fait que les initiatives du gouvernement canadien n'allaient pas dans le sens de l'encadrement légal du secteur minier au regard notamment de l'échec en matière de réglementation minière, avec le projet de Loi C-300 visant la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières ou gazières dans les pays en développement, qui a été rejeté en troisième lecture à la Chambre des communes en octobre 2010. *Choc v. HudBay Minerals*, §72. Ces arguments se justifient dans une certaine mesure, si on se réfère aux difficultés rencontrées par le Bureau du conseiller en RSE, et le travail de Marketta Evans qui n'a jamais pu permettre la réparation des victimes. Dans ce sens, Marine COURNIER, préc., note 167, p. 93-100.

⁵²⁵ *Choc v. HudBay Minerals Inc. et al.*, 2013 CSON 998.

des risques de préjudices aux membres des communautés locales dans les zones considérées comme à haut risque⁵²⁶. L'organisation s'est par ailleurs référée à certaines décisions du for anglais qui convergent dans le sens d'une reconnaissance de l'obligation de diligence pour la société mère pour des violations commises par sa filiale⁵²⁷.

Au regard de tous ces arguments, la Cour a rejeté les arguments des défendeurs, en permettant de ce fait à l'action judiciaire de suivre son cours avec la tenue d'un procès dans les prochains mois. Il s'agira donc pour les demandeurs d'approfondir et d'enrichir leurs arguments et d'apporter des éléments de preuves, pour permettre au tribunal d'établir clairement les modalités de l'obligation de diligence à laquelle aurait failli l'entreprise Hudbay.

De cette saga judiciaire inachevée on retiendra que cette brèche judiciaire peut marquer un grand tournant au Canada où beaucoup d'entreprises minières ont leur siège. Si certains auteurs avancent d'un côté que l'établissement d'une nouvelle obligation de diligence en *Common Law* fondée sur la multitude des normes et pratiques articulées au niveau international pourrait créer un niveau d'incertitude pour les sociétés mères canadiennes⁵²⁸, du côté des victimes cette voie juridique représente un grand espoir. Cette

⁵²⁶ La preuve qu'une nouvelle obligation de diligence peut être interprétée de nombreux textes et documents qui ont souligné le risque accru pour les entreprises de devenir complices de violations des droits de l'homme dans les zones touchées par le conflit. En l'occurrence, les *Principes directeurs de l'ONU* énoncent à travers le Cadre de référence « Protéger, Respecter et Réparer » que la diligence attendue des EMN doit s'exercer en permanence, par une procédure de gestion continue, dans la mesure où les risques peuvent varier et évoluer dans le temps et en fonction des activités et du cadre de fonctionnement des EMN. De plus, cette diligence doit s'exercer au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale, et elle sera d'ailleurs plus ou moins complexe en fonction de la taille de l'entreprise commerciale, du risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits humains, et finalement de la nature et le cadre de ses activités, Voir Principe 13, b,c, (*supra* Chapitre 1 section 2). Par ailleurs, d'autres documents consacrent aussi l'importance de la diligence raisonnable dans l'exercice des activités des EMNs, notamment les *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme*, les *Principes directeurs de l'OCDE*, le Pacte Global, les normes en matière de responsabilité sociale des entreprises par exemple, ISO 26000, les codes de conduite volontaires par exemple. Il est intéressant de noter que le gouvernement canadien a officiellement reconnu et approuvé certains de ces principes, *Choc v. HudBay Minerals*, §34, 35, 36.

⁵²⁷ Dans l'affaire *Guerrero and others v. Monterrico Metals PLC*. [2009] EWHC 2475 (Q.B.), par exemple, les juges anglais ont estimé que la société mère pouvait avoir une obligation de diligence envers les victimes pouvant être lésées par les risques prévisibles découlant directement ou indirectement des activités commerciales d'une filiale dans une zone à haut risque connu. Voir *Choc v. HudBay Minerals*, §37.

⁵²⁸ Cette ambiguïté se situe notamment sur la question du niveau adéquat qui permettrait de déterminer que l'entreprise a pris des mesures appropriées pour prévenir les litiges. De plus, sans lignes directrices claires la question principale reste à savoir si la société mère a l'obligation absolue de prévenir les dommages ou si la prise de mesures adéquates proportionnées aux risques à prévenir des méfaits atténue cette responsabilité.

décision audacieuse qui s'inscrit à contre-courant de la tendance du prétoire canadien⁵²⁹ permet ainsi pour la première fois qu'un procès puisse se tenir au Canada contre une société minière canadienne pour les violations des droits de l'homme survenues à l'étranger. Cette percée démontre d'un côté l'importance pour les entreprises d'être conscientes de la nécessité d'exercer une diligence raisonnable lors de l'acquisition ou de la fusion des entreprises⁵³⁰, et d'un autre la nécessité de prendre des mesures contractuelles adéquates lorsqu'elles font des affaires à l'étranger. Cette prudence s'étend non seulement dans le secteur des ressources naturelles, mais aussi dans ceux des services bancaires, la distribution, les télécommunications et en relations de travail⁵³¹. Malgré ces avancées, il importe toutefois de rester réaliste en admettant que la reconnaissance d'une obligation de diligence pour les EMNs est porteuse de nombreux défis pour les victimes et qu'il reste nécessaire d'exploiter d'autres opportunités juridiques pour mettre en œuvre le droit à réparation par les tribunaux nationaux des États d'origine des EMNs.

Paragraphe 2 Les obstacles inhérents à la diligence raisonnable et les opportunités juridiques attenantes à la mise en œuvre du droit à réparation

Les obstacles liés au recours contre les EMNs se rapprochent substantiellement des difficultés habituelles rencontrées par les victimes lorsqu'elles exercent des recours sur le fondement des violations des droits humains. Dans cette section de notre étude, nous voulons donc premièrement mettre en exergue les limites usuelles qui obstruent aussi les recours fondés sur l'obligation de diligence (1). Dans un deuxième temps, nous avons aussi

Voir dans ce sens, Janne DUNCAN, Robert FRANK, Janet HOWARD, Michael TORRANCE, « Corporate Social Responsibility: A New Era Of Transnational Corporate Liability For Human Rights Violations? », *Norton Rose Fulbright*, 11 septembre 2013, en ligne : <<http://www.mondaq.com/canada/x/262098/Corporate+Governance/Corporate+Social+Responsibility+A+New+Era+Of+Transnational+Corporate+Liability+For+Human+Rights+Violations>>, (site consulté le 14 juin 2014).

⁵²⁹ Le prétoire canadien est réputé être un fervent pratiquant du *forum non conveniens*, ce qui freine le développement du contentieux contre les entreprises, dans ce sens voir A. MANIRABONA, préc., note 463

⁵³⁰ J. DUNCAN, R. FRANK, J. HOWARD ET M. TORRANCE, préc., note 528. On rappelle d'ailleurs ici que la société mère est poursuivie pour des faits qui se sont déroulés avant la fusion et l'acquisition de la filiale guatémaltèque, *Choc v. HudBay*, §10.

⁵³¹ Mark GELOWITZ, Jeremy FRAIBERG, Riyaz DATTU, Allan COLEMAN, « Ontario Court Gives Green Light to International Human Rights Tort Claims in *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* », *Osler*, 26 juillet 2013, en ligne : <<http://www.osler.com/newsresources/Ontario-Court-Gives-Green-Light-to-International-Human-Rights-Tort-Claims-in-Choc-v-Hudbay/>>, (Site consulté le 14 juin 2014).

estimé nécessaire de présenter au regard des obstacles liés à l'argument de l'obligation de diligence, les autres opportunités juridiques susceptibles de faire aboutir à des réparations extrajudiciaires pour les victimes (2).

1) Les défis propres à l'établissement d'un droit à réparation basé sur la responsabilité civile en cas de manquement à la diligence raisonnable

À maints égards, les recours dans les pays d'origine des EMNs présentent des avantages tel que nous l'avons présenté dans la première section, tant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux que pour l'exécution des décisions⁵³². Ce contexte favorable n'occulte pas toutefois la réalité des obstacles qui peuvent entraver les recours portés contre les EMNs. D'entrée de jeu, la première difficulté consiste pour les juges à déterminer qu'une entreprise n'a pas été suffisamment diligente. Il n'existe pas une jurisprudence vraiment claire pour déterminer si le *duty of care* existe dans les cas de violations des droits humains. De plus il reste difficile de déterminer quels sont les critères à appliquer pour permettre d'affirmer que la diligence raisonnable a été ou non exercée afin de pouvoir qualifier les agissements de l'entreprise de raisonnables. D'autres questions sous-jacentes à cette interrogation sont bien résumées sous la plume de Peter Muschliniski en ces termes :

« Finally, the question whether different human rights risks should be treated differently needs to be considered. For example, do human rights relating to labour lend themselves to the same general concerns for corporate due diligence as do human rights relating to property or to other human rights? [...] It is clear that the duty of care for human rights abuses needs some further development»⁵³³.

Un autre obstacle auquel les victimes peuvent se heurter pour établir l'obligation de diligence devant les tribunaux se situe au niveau de la recherche des preuves juridiques nécessaires pour démontrer que la maison mère a manqué à son *duty of care* ou qu'elle a été négligente. À cet égard, dans l'affaire Shell aux Pays-Bas, les règles néerlandaises

⁵³² Pour comprendre les difficultés relatives à l'exécution des décisions étrangères voir par exemple l'affaire *Adams c. Cape*, où les juges anglais ont refusé d'exécuter le jugement par défaut prononcé en 1983 par les juges américains condamnant l'entreprise anglaise à verser 15,5 millions aux mineurs américains contaminés à l'amiante. En 1990 les juges anglais ont estimé que le juge américain n'avait pas de compétence pour trancher l'affaire puisque l'entreprise n'était pas basée au Texas dans l'État d'Illinois, où le recours a été introduit et par conséquent la décision ne pouvait être exécutée et les victimes n'ont pas obtenu de compensation, voir la décision *Adams v Cape Industries plc* [1990] Ch 433.

⁵³³ P. MUCHLINSKI, préc., note 470, p.161et 162.

d'administration de la preuve dans les procédures civiles étant assez restrictives⁵³⁴, le tribunal a rejeté la requête des demandeurs d'exiger de Shell l'accès aux documents internes de l'entreprise. Il a ainsi été très difficile pour *Milieudefensie* de prouver que la RDS bien que détenant 100 % des actions de SPDC, exerçait un contrôle dans la gestion des affaires quotidiennes de la filiale nigériane⁵³⁵. À la suite de la décision du 30 janvier 2013, les demandeurs ont déposé une nouvelle demande auprès de la Cour d'appel pour obliger Shell à fournir des documents concernant les politiques internes et les pratiques opérationnelles du groupe Shell⁵³⁶.

Le même défi se pose pour les victimes dans l'affaire *Choc v. Hudbay* au Canada, car bien que le juge ait autorisé la tenue d'un procès, il a été clairement établi qu'il incombe aux victimes d'apporter des preuves solides pour établir qu'il existait une obligation de diligence de l'entreprise HudBay à l'égard des victimes au moment des faits. Ceci d'autant plus que l'argument de la levée du voile corporatif qui a été mentionné dans la requête préliminaire est un obstacle difficilement surmontable pour le succès des recours devant les tribunaux en général⁵³⁷. En effet, la structure complexe des entreprises et le principe du droit des sociétés de la responsabilité limitée rendent difficile la mise en cause de société mère pour les violations des droits humains de ses filiales implantées à l'étranger. Les EMNs n'hésitent pas d'ailleurs à profiter et à manipuler les principes du droit des sociétés pour bonifier leurs intérêts, alors que les juges de leur côté ont une réaction inadaptée face à ces nouveaux défis⁵³⁸.

⁵³⁴ Liesbeth F.H. ENNEKING, « Multinationals and Transparency in Foreign Direct Liability Cases. The Prospects for Obtaining Evidence under the Dutch Civil Procedural Regime on the Production of Exhibits », (2013) 2 *Dovens Schmidt Quarterly Journal* 134, 137.

⁵³⁵ Selon les juges la RDS et la SPDC ne gèrent pas essentiellement les mêmes affaires, parce que la RDS formule les lignes de politique générale de La Haye et est impliqué dans la stratégie mondiale et la gestion des risques, tandis que la SPDC est impliquée dans la production de pétrole au Nigeria. *Akpan v. Shell*, § 4.31.

⁵³⁶ Milieudefensie, « New evidence points to liability of Shell Netherlands for environmental devastation in Nigeria », 10 September 2013, en ligne : <<https://milieudefensie.nl/english/shell/news/new-evidence-points-to-liability-of-shell-netherlands-for-environmental-devastation-in-nigeria>> (Site consulté le 14 juin 2014).

⁵³⁷ La juge a rejeté l'argument de HudBay Minerals selon lequel le recours des demandeurs devait être rejeté en vertu du principe de responsabilité limitée à l'égard de sa filiale Guatemala. *Choc v. Hudbay Minerals Inc.* §43. Voir aussi G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE, préc., note 459, p.11, 59-63.

⁵³⁸ Alex MAGAISA, « Corporate Groups and Victims of Corporate Torts - Towards a New Architecture of Corporate Law in a Dynamic Marketplace », (2002) 1 *Law, Social Justice & Global Development Journal*, en ligne : <<http://elj.warwick.ac.uk/global/02-1/magaisa.html>> (Site consulté le 10 juin 2014).

Afin de surmonter l'obstacle pour l'établissement de la preuve, certains auteurs proposent la création d'une présomption juridique du manquement à une obligation de diligence dans les cas où l'entreprise est accusée de violations des droits humains⁵³⁹. La nécessité d'un tel mécanisme se justifierait au regard de la difficulté pour l'obtention des informations par la voie traditionnelle pour la transmission des preuves indispensables pour démontrer la responsabilité des EMNs pour les faits survenus à l'étranger.

En outre, l'application des règles juridiques encadrant la responsabilité délictuelle dans l'État d'accueil, si elles ne protègent pas suffisamment les droits humains, peut se révéler être une pierre d'achoppement pour établir l'obligation de diligence devant les tribunaux de l'État d'origine des EMNs⁵⁴⁰. Dans l'affaire Shell aux Pays-Bas par exemple, les juges ont estimé que le délit de négligence impliquant des tiers ne constituait pas une violation des droits de l'homme, tel qu'affirmait le requérant, puisque :

« (...) in so-called horizontal relationships like the one at issue, this cannot be designated as an infringement of a human right. As far as the District Court was able to verify, to date there have been no Nigerian rulings in which a reprehensible failure in horizontal relationships such as the one at issue and in the event of sabotage by third parties is considered to be an infringement of a human right. »⁵⁴¹

Dans le même sens, les juges ont rejeté toutes les réclamations contre la société mère, la RDS, à l'effet que selon le droit nigérian appliqué, une société mère n'est pas tenue de prévenir un préjudice causé par ses filiales à des tiers à l'étranger⁵⁴². Le tribunal a d'ailleurs

⁵³⁹ G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER & A. LAMBE préc., note 537, p.74.

⁵⁴⁰ Parfois même l'application du droit régional ne favorise pas toujours les victimes, selon par exemple le Règlement Bruxelles I, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. Ce qui ne tient pas compte de la faiblesse des droits nationaux auxquels les juges européens peuvent se référer pour rendre leur décision. Article 4 §1, Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, préc., note 474.

⁵⁴¹ Le tribunal a rejeté l'argument d'Akpan selon lequel la SPDC était responsable d'avoir affecté son intégrité physique parce qu'il vivait dans un environnement contaminé. Les juges néerlandais ont admis que la négligence de la SPDC était différente des faits reprochés dans l'affaire *Gbemre v Shell Petroleum Development Company SPDC* cité par le requérant pour soutenir son raisonnement. Dans cette affaire, le juge nigérian a conclu que le torchage de gaz constituait des actes directs et un comportement actif qui violaient les droits de l'homme. *Gbemre v Shell Petroleum Development Company SPDC and Others*, Supreme Court of Nigeria, AHRLR 151 (NgHC 2005), *Akpan v. Shell* §4.56.

⁵⁴² Le tribunal néerlandais a jugé qu'il n'existait aucun motif spécial de déroger à cette règle générale. *Akpan v. Shell*, §4.34. Le même raisonnement a été suivi pour rejeter les autres accusations contre la SPDC, puisqu'en vertu du droit nigérian, l'opérateur de pipeline n'est en principe pas responsable pour les dommages résultant des déversements d'hydrocarbures causés par le sabotage. Ces règles encadrant les cas de sabotage en droit nigérian ne protègent d'aucune façon les victimes, *LJN BY9845* (déversement près de Goi), § 4.43-4.58; *LJN BY9850* (déversement près d'Oruma).

reconnu que cette décision s'écartait volontairement des conclusions de l'arrêt *Chandler v Cap*⁵⁴³, dans laquelle les juges anglais ont admis que la maison mère avait une obligation de diligence en matière de santé et de sécurité, envers un employé contaminé à l'amiante dans une filiale britannique de l'entreprise. Dans l'affaire *Akpan*, les juges ont plutôt estimé que la relation entre la RDS et les victimes était moins étroite et que l'exigence de proximité n'était pas satisfaite⁵⁴⁴, contrairement à l'affaire *Chandler* où la relation employé-employeur pouvait permettre le transfert de l'obligation de diligence à la maison mère pour la négligence de sa filiale envers l'employé. Cette décision a le mérite d'être prudente, car elle maintient une certaine distance entre les obligations de la filiale et celles de la maison mère. Une mise en œuvre systématique de l'obligation de diligence pour les maisons mères pourrait en effet engorger les prétoires des pays sièges, considérant le nombre virtuellement illimité des personnes touchées dans de nombreux pays par les activités de certaines entreprises. Néanmoins cette logique reste critiquable puisque si la maison mère tire profit des capitaux générés par les activités de sa filiale, il serait légitime qu'elle soit aussi redevable des atteintes et qu'elle puisse contribuer à réparer les violations⁵⁴⁵.

De plus, le métissage des normes, le dialogue normatif entre les juridictions qui appliquent les lois étrangères devrait être concomitant à la protection des droits humains, et par ricochet à l'intérêt des victimes. Intérêt justement, qui aurait pu inciter le tribunal à étendre à la maison mère l'obligation de diligence que les juges ont établi à l'endroit de la filiale au Nigéria, en s'appuyant sur l'important arsenal normatif international que le Nigéria et

⁵⁴³ La Cour d'appel a affirmé qu'une société mère devait assumer une obligation de diligence dans les circonstances spéciales suivantes : « (i) the businesses of the parent company and of the subsidiary are essentially the same; (ii) the parent company has more knowledge or should have more knowledge of a relevant aspect of health and safety in the industry than the subsidiary; (iii) the parent company knew or should have realized that the working conditions at its subsidiary were unhealthy; (iv) the parent company knew or should have foreseen that the subsidiary or its employees would rely on the fact that the parent company would use its superior knowledge to protect those employees», *Akpan v. Shell*, §4.28, Court of Appeal (civil division), *Chandler v Cap* [2011] EWHC 951 (QB) (2012).

⁵⁴⁴ Les juges ont précisé que : « the District Court finds that the special relation or proximity between a parent company and the employees of its subsidiary that operates in the same country cannot be unreservedly equated with the proximity between the parent company of an international group of oil companies and the people living in the vicinity of oil pipelines and oil facilities of its (sub-) subsidiaries in other countries. [...] At best, SPDC can be blamed for failing to prevent third parties from indirectly inflicting damage on people living in the vicinity by sabotage and that it insufficiently limited this damage, whereas in *Chandler v Cape*, the subsidiary itself directly inflicted damage on its employees by allowing them to work in an unhealthy work », *Akpan v. Shell*, §4.29, 30.

⁵⁴⁵ B. FRYDMAN et L. HENNEBEL, préc., note 451, p. 80.

les Pays-Bas ont reconnu dans les instruments universels ou régionaux⁵⁴⁶. En Angleterre toutefois, il est possible que les victimes aient plus de chance d'obtenir la réparation puisque le 20 juin 2014 la Haute Cour de justice de Londres vient de rendre une décision préliminaire d'envergure en affirmant qu'il était possible que Shell puisse être poursuivie dans un procès prévu pour mai 2015, au sujet du recours collectif de 15.000 personnes de la communauté Bodo accusant la maison mère de Shell de ne pas avoir protégé de façon adéquate ses oléoducs contre le sabotage au Nigéria⁵⁴⁷.

Par ailleurs, l'étroitesse de cette voie juridique réside surtout dans l'incertitude entourant le processus judiciaire des recours en négligence et des arrangements financiers qui s'effectuent souvent en marge des procès. Le fait qu'il existe un très faible nombre de décisions de justice condamnant les entreprises pour avoir failli à leur obligation de diligence réduit inévitablement la portée de cette voie⁵⁴⁸. D'une part, les décisions qui vont dans le sens d'une condamnation des EMNs sont toujours vivement contestées, et difficilement exécutoires puisque les EMNs s'arrangent souvent pour les étirer en intentant de multiples procédures d'appel dans l'espoir que les juridictions supérieures renversent les jugements. Dans le procès contre Shell aux Pays-Bas par exemple, bien que la décision ait été saluée comme une grande avancée par les défenseurs des droits humains, au moment de la rédaction de ce travail, aucune démarche n'a été prise pour assurer l'indemnisation du requérant. À l'inverse, Shell a plutôt porté la décision en appel, ce qui signifie qu'elle

⁵⁴⁶ À cet égard G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE proposent qu'une résolution du Parlement européen soit adoptée pour apporter une interprétation à l'article 16 du Règlement de Rome II, afin que la loi du for devant lequel se tient le procès puisse être appliquée au lieu de la loi du lieu où le dommage s'est produit lorsque ce dernier droit ne procure pas un recours effectif ou s'il n'est pas suffisamment protecteur pour les droits des victimes, préc., note 539, p. 77.

⁵⁴⁷ La compagnie anglo-néerlandaise, rappelons-le, a son siège social à La Haye et un siège à Londres. La demande a été déposée en 2012 par la firme Leigh Day représentant les victimes, contre Shell qui réfute toujours les allégations aux motifs que les fuites de pétrole survenues entre 2008 et 2009 seraient la conséquence de sabotage dont elle n'est pas responsable, Business & Human Rights Resource Center, *Shell lawsuit (re oil spills & Bodo community in Nigeria)*, en ligne : <<http://business-humanrights.org/en/shell-lawsuit-re-oil-spills-bodo-community-in-nigeria>> (Site consulté le 20 juin 2014)

⁵⁴⁸ Ces limitations sont davantage accrues dans les pays étrangers où sont jugées les EMNs qui ont leur siège dans d'autres pays. Aux États-Unis par exemple, les jugements américains ne peuvent être rendus exécutoires et plusieurs condamnations sur le fondement de l'ATCA n'ont ainsi pas pu être exécutées. Dans ce sens, J.-F. FLAUSS, préc., note 447, p. 242. Les principes directeurs énoncent d'ailleurs que les États doivent exécuter les décisions de réparation ayant force de chose jugée prononcées par des juridictions étrangères. À cette fin, les États devraient prévoir dans leur législation interne, des mécanismes efficaces pour assurer l'exécution des décisions de réparation, *Principes directeurs* ONU, Principe 26.

pourrait donc à l'avenir être confirmée ou infirmée⁵⁴⁹. D'autre part, dans certains cas, les affaires se règlent à l'amiable, ce qui ne permet pas de construire une base jurisprudentielle sur le sujet, puisque les victimes s'engagent à retirer leurs recours après les arrangements. Cette hypothèse se vérifie par exemple par les négociations entamées par Shell en septembre 2013 pour régler à l'amiable le litige en compensant les victimes afin d'éviter un procès en justice. L'entreprise aurait ainsi proposé 30 millions de livres sterling aux victimes qui en réclament plutôt 300 millions pour les dégâts écologiques causés dans leurs régions au Nigéria⁵⁵⁰. Il est donc fort probable que si les parties arrivent à convenir d'un montant financier pour la compensation des victimes, que les poursuites judiciaires soient abandonnées contre Shell, et que par conséquent aucun précédent jurisprudentiel ne puisse être établi pour la responsabilité civile de l'entreprise pour les violations des droits humains au Nigéria.

Finalement, au-delà de toutes ces limites, soulignons aussi au passage les autres obstacles liés aux modalités pratiques pour l'accès des victimes à la justice et qui sont susceptibles d'empêcher la mise en œuvre du droit à réparation. John Ruggie les résume bien lorsqu'il affirme que:

« Some complainants have sought remedy outside the State where the harm occurred, particularly through home State courts, but have faced extensive obstacles. Costs may be prohibitive, especially without legal aid; non-citizens may lack legal standing; and claims may be barred by statutes of limitations. Matters are further complicated if the claimant is seeking redress from a parent corporation for actions by a foreign subsidiary »⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Milieudéfense, « Milieudéfense surprised by Shell's appeal against Nigerian victim », *Press releases*, 3 may 2013, en ligne : <<https://milieudéfense.nl/english/pressreleases/milieudéfense-surprised-by-shell2019s-appeal-against-nigerian-victim>> (Site consulté le 10 juin 2014).

⁵⁵⁰ *Shell lawsuit*, préc., note 547.

⁵⁵¹ John RUGGIE, préc., note 357, § 89. G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE, soulignent pour leur part que les principaux obstacles à l'accès à justice pour la mise en œuvre du droit à réparation résident dans la difficulté des victimes à poursuivre les litiges sur plusieurs années, à collecter et préserver les preuves afin de fournir des témoignages dans les affaires, sans compter les risques sécuritaires auxquels peuvent être soumis les victimes et les témoins dans les zones de violations des droits de l'homme où les intérêts commerciaux sont en jeu, préc., note 546, p. 9. Les *Principes directeurs* énoncent également que la majorité de ces obstacles sont le résultat des déséquilibres au niveau des ressources financières, de l'accès à l'information et à des conseils d'experts entre les parties qui déposent des plaintes. De surcroît, les procureurs n'ont pas les ressources, les compétences et le soutien nécessaire pour faire respecter les obligations de l'État de mener des enquêtes sur la participation des EMNs dans les violations des droits humains, *Principes directeurs* ONU, p.34.

Ainsi, dans plusieurs pays, les victimes qui sont généralement issues des milieux défavorisés ou ruraux n'ont pas toujours accès à l'information nécessaire pour mener des batailles judiciaires contre les entreprises dont les intérêts sont souvent représentés par des bataillons d'avocats aguerris en la matière. Quand bien même les victimes sont instruites sur les démarches, il se pose des problèmes logistiques quant aux déplacements, ce qui se conjugue aux frais dispendieux pour retenir l'aide de représentants légaux et aux possibilités réduites d'intenter des actions collectives dans certains cas⁵⁵². Des évolutions intéressantes peuvent être observées toutefois au niveau de l'Association du Barreau des Pays-Bas et de la Commission européenne où des démarches ont été entreprises afin d'amoinrir les coûts afférents aux poursuites et pour faciliter les recours collectifs par les victimes contre les EMNs⁵⁵³. Les *Principes directeurs de l'ONU* insistent aussi sur la nécessité de porter une attention spéciale aux droits et aux besoins spécifiques des groupes ou des populations victimes à chaque étape du processus de réparation notamment l'accès, les procédures et les issues des recours⁵⁵⁴.

Ultimement, l'obstacle procédural par excellence qu'est le *forum non conveniens* fait toujours courir aux victimes le risque de déni de justice autant dans les pays d'accueil que les pays d'origine des EMNs. Si au niveau européen des ouvertures sont consenties par certains fors⁵⁵⁵, aux États-Unis et au Canada⁵⁵⁶, des évolutions lentes se font sur le terrain.

⁵⁵² Les possibilités d'intenter des class action, ou des actions en nom collectif sont plus répandues aux États-Unis. G. SKINNER, R. MCCORQUODALE, O. DE SCHUTTER et A. LAMBE proposent en ce sens que les législateurs créent des visas spéciaux pour les victimes et les témoins compte tenu de la difficulté des témoins et des victimes de se rendre dans certains pays pour les poursuites par exemple. Une autre solution serait aussi de permettre que les dépositions puissent être faites sur des supports vidéo par exemple, compte tenu des difficultés liées aux déplacements des victimes, préc., note 551, p. 74-75.

⁵⁵³ Il faut souligner le fait que tout récemment la Commission européenne a mis sur pied un certain nombre de principes non obligatoires en matière de recours collectif, qui sont destinés à assurer l'accès à la justice devant les tribunaux des États membres, voir Liesbeth F.H. ENNEKING, préc., note 534.

⁵⁵⁴ Les principes directeurs énoncent ainsi que les États doivent : « prendre des mesures pour régler les déséquilibres entre les victimes et les autres obstacles culturels, sociaux, physiques et financiers supplémentaires, auxquels se heurtent les individus de groupes ou de populations plus exposés à la vulnérabilité ou à la marginalisation, qui font pour accéder aux mécanismes de réparations », comme les populations autochtones par exemple, *Principes directeurs ONU*, préc., note 551.

⁵⁵⁵ En Angleterre par exemple, les juges ont rejeté l'argument du *forum non conveniens* dans plusieurs affaires aux motifs que les victimes ne recevraient pas une aide juridictionnelle appropriée dans leurs pays d'origine, voir affaires *Connelly v. RTZ*, [1999] AC 854; *Sithole v. Thor Chemical*, EWCA Civ.706; *Lubbe v. Cape P.L.C.*, [2000] 4 All ER 268 (HL), 2000.

⁵⁵⁶ Il semble se dégager une certaine tendance par les juges canadiens à rejeter presque systématiquement les recours intentés par des victimes étrangères contre les entreprises canadiennes pour des faits survenus à l'étranger. Amissi MANIRABONA, préc., note 463, p. 434-457. Voir les affaires *Recherches Internationales Québec c. Cambior inc.*, J.E. 98-1905, [1998] Q.J. 2544 (C.S.), *Bil'In (Village Council) c. Green Park*

Ces nombreuses réserves n'empêchent toutefois pas de penser que la responsabilité civile délictuelle par le canal de la diligence raisonnable est un cadre particulièrement prometteur pour la délocalisation des poursuites contre les EMNs. À côté de cette voie, quelques pistes secondaires méritent d'être citées ici, afin d'élargir les possibilités juridiques pour la mise en œuvre du droit à réparation pour les victimes.

2) Les initiatives juridiques complémentaires à la mise en œuvre du droit à réparation : opportunités et limites dans les rapports avec les sous-traitants

Dans ce paragraphe, il s'agit de relever les initiatives qui ont eu un impact sur le droit à réparation en aboutissant aux arrangements *ex gratia*. En mettant en lumière ces combinaisons alternatives nous voulons ainsi présenter les autres possibilités juridiques qui ont servi de bases pour les poursuites civiles contre les EMNs. Ce faisant, nous soulevons aussi les limites qui s'y attachent, en illustrant nos propos avec trois affaires choisies de la jurisprudence américaine, pays réputé pour sa culture du contentieux⁵⁵⁷. Les affaires choisies pour notre cadre d'analyse procèdent d'un contexte différent des affaires précédemment évoquées dans la première section, puisqu'il s'agit ici de présenter uniquement des cas strictement relatifs au droit du travail et ayant conduit les entreprises à apporter certains aménagements dans leurs pratiques concernant les conditions de travail et des droits des travailleurs. Ce qui diffère essentiellement des affaires que nous étudierons ci-après des cas précédemment exposés, c'est que non seulement les filiales des sociétés mères étaient visées, mais également leurs sous-traitants. Des arguments juridiques fondés entre autres sur les principes de la responsabilité civile, mais également sur le droit de la consommation ont été invoqués par les demandeurs pour fonder leurs recours, et ce, avec plus ou moins de succès.

Dans la première affaire, *Nike v Kasky* introduite devant un tribunal californien en 1998, Marc Kasky un citoyen américain poursuivait *Nike*, entreprise spécialisée dans la vente au détail d'équipements sportifs, dans un procès en concurrence déloyale et publicité

International, [2009] QCCS 4151. Pour une étude détaillée de la question voir Marine COURNIER, préc., note 524, p. 122-124.

⁵⁵⁷ Liesbeth F.H. ENNEKING, préc., note 553, p. 137.

mensongère⁵⁵⁸. Vivement critiquée à l'époque par des activistes et des ONG pour les conditions de travail chez ses sous-traitants dans les « sweatshops »⁵⁵⁹, Nike avait entrepris une vaste campagne de relations publiques pour redorer son image⁵⁶⁰. Le demandeur alléguait que la campagne commerciale mise de l'avant par Nike ne rendait pas fidèlement compte de la réalité des conditions de travail dans les ateliers de fabrication. Selon lui les campagnes et les rapports d'audit produits par Nike n'auraient été destinés qu'à maquiller une réalité beaucoup moins reluisante des pratiques de travail de l'entreprise⁵⁶¹. Nike de son côté réfutait les accusations, affirmant que les rapports publiés et son code de conduite ne revêtaient pas un caractère commercial et n'étaient pas assimilables à de la publicité. Ils étaient par conséquent protégés par la liberté d'expression garantie par le Premier amendement de la Constitution américaine⁵⁶². En 2002, la Cour suprême de Californie a reconnu que les propos pouvaient être considérés comme un discours de nature commerciale et à destination d'un public commercial. Ils étaient donc exclus du champ protégé par la liberté d'expression⁵⁶³. En juillet 2003, la Cour suprême des États-Unis s'est dans un premier temps saisie de la cause, avant de se déclarer finalement incompétente, en renvoyant l'affaire devant les juridictions californiennes pour qu'elles rendent une décision sur le fond⁵⁶⁴. L'épopée judiciaire s'est finalement achevée, lorsque Nike a entamé des négociations avec la partie demanderesse. Bien que sur le plan juridique il n'y ait pas eu de décision en faveur de la victime, puisque les parties sont arrivées à un accord après une négociation, cette procédure n'a pas été stérile. Au contraire, un engagement fut pris par

⁵⁵⁸ La plainte s'appuyait sur l'article 17500 du code californien des sociétés qui permet à tout citoyen californien de porter plainte contre une entreprise lorsque les discours diffusés par celle-ci est de nature à tromper les consommateurs sur la nature véritable d'un produit, *California Business & Professional Code Ann*, § 17200, 17204, 17500, 17535 (West 1997).

⁵⁵⁹ Ateliers de misère, manufacture où les employés sont exploités, et subissent divers abus, voir Amnistie International, Campagne, Les ateliers de misères, en ligne : <<http://www.amnistie.ca/campagnes/2004/international/ateliers-misere>> (Site consulté le 10 juin 2014).

⁵⁶⁰ *Nike v Kasky*, 27 Cal. 4th, (2002) 939, 45 P. 3d 243.

⁵⁶¹ L'entreprise affirmait par exemple que les règles en matière sociale telles que l'interdiction du travail des enfants, les salaires minimum, les horaires hebdomadaires, vacances et assurances sociales obligatoires, conditions de travail décentes étaient assurées aux employés de ses filiales, ce qui était contredit par les rapports des ONG. Business & Human Rights Resource Centre, *Nike lawsuit (Kasky v Nike, denial of labour abuses)*, en ligne : <<http://www.business-humanrights.org/Categories/Lawlawsuits/Lawsuitsregulatoryaction/LawsuitsSelectedcases/NikelawsuitKaskyNikeredentialoflabourabuses>> (Site consulté le 10 juin 2014).

⁵⁶² *Nike v Kasky*, 27 Cal. 4th, (2002), 45 P. 3d 243.

⁵⁶³ Une entreprise pourrait ainsi être mise en cause au regard de son code de conduite sur le fondement de la publicité mensongère, *Nike v Kasky* 27 Cal. 4th 939, 946, 45 P. 3d 243, 247 (2002).

⁵⁶⁴ *Nike v Kasky* 539 U.S. 654 (2003).

l'entreprise de verser 1,5 million de dollars à la *Fair Labor Association* pour la mise en place des programmes d'audit et pour le renforcement des dispositifs de surveillance des conditions de travail chez les sous-traitants⁵⁶⁵. De façon plus large, cette décision a envoyé des signaux d'avertissement aux entreprises sur l'importance d'être vigilantes et fiables lorsqu'elles procèdent à s'engagent dans la « communication éthique »⁵⁶⁶.

Dans une autre initiative judiciaire visant à faire condamner une EMN pour violation du droit du travail, des victimes ont intenté une poursuite contre un géant américain de la distribution aux États-Unis dans l'affaire *Doe v. Wal-Mart Stores Inc*⁵⁶⁷. L'affaire fut introduite par *class action* (recours collectif) le 13 septembre 2005 devant le tribunal de Première Instance du District de Californie contre l'entreprise, avec au centre la question très controversée au sujet de la portée juridique des codes de conduite. Les employés de ses sous-traitants, dont Wal-Mart en Indonésie, en Chine, au Swaziland, au Bangladesh et au Nicaragua se plaignaient des conditions abusives dans lesquelles ils travaillaient. Les travailleurs alléguaient que Wal-Mart qui avait affiché son code de conduite dans les centres de production traduit dans les langues des différents pays des sous-traitants, avait failli à son obligation de s'assurer du respect et d'une mise en application conforme de ce code, qu'elle avait d'ailleurs fait signer par les sous-traitants. En 2009, les juges de la Cour d'appel ont finalement tranché en faveur de l'entreprise en affirmant que les contrats de sous-traitance ne démontraient pas que Wal-Mart avait l'intention d'établir une obligation de s'assurer du respect effectif de son code de conduite à l'étranger, ce d'autant plus que Wal-Mart n'était pas l'employeur des demandeurs⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Fair Labor Association (FLA), Fair Labor Association receives \$1.5 Million in Settlement of Kasky V. Nike First Amendment Case, (12 septembre 2003), en ligne : <<http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1933&context=globaldocs>> (Site consulté le 10 juin 2014). La FLA est une organisation américaine à but non lucratif basée à Washington DC, formée par des entreprises, des associations de consommateurs, des ONG et des universités, qui a établi un système de surveillance des conditions dans lesquelles les produits sont fabriqués, voir R.-C. DROUIN, préc., note 152, p. 314-317.

⁵⁶⁶ Fabrice MAULÉON, « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence », (2008) 179-180 *Vie & sciences de l'entreprise* 44, 59.

⁵⁶⁷ *Doe v. Wal-Mart Stores, Inc*, No. CV 05-7307 (C.D. Cal. Dec. 11, 2006). Le recours a été intenté par le syndicat International Labour Rights Fund.

⁵⁶⁸ Les juges ont confirmé la décision de la première instance de 2006 en soutenant que : « Wal-Mart had no legal duty under the Standards or common law negligence principles to monitor its suppliers or to protect Plaintiffs from the suppliers' alleged substandard labor practices. Wal-Mart is not Plaintiffs' employer [...] ». *Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 572 F.3d 677, 685 (9th Cir. Jul. 10, 2009).

Les juges ont rejeté l'ensemble des arguments avancés par les demandeurs pour soutenir leur cause, en l'occurrence l'argument fondé sur la théorie de la négligence des tiers bénéficiaires, au motif qu'il n'existait aucune obligation légale entre Wal-Mart et les demandeurs en vertu des contrats d'approvisionnement de Wal-Mart. Par ailleurs, sur le point de la négligence de rétention, de contrôle et de supervision, les juges ont estimé que Wal-Mart n'avait pas une obligation spéciale de protéger les demandeurs de la prétendue faute intentionnelle de fournisseurs, puisque l'entreprise n'exerçait peu ou aucun contrôle sur le travail quotidien des demandeurs travaillant pour ses fournisseurs. Ainsi, Wal-Mart n'aurait pas négligé son engagement envers les demandeurs, car selon les juges, la portée de tout droit supposé dépend de la nature de l'engagement préalablement souscrit. Dans le cas d'espèce, Wal-Mart n'avait souscrit à aucune obligation de protéger; l'entreprise s'étant simplement réservé le droit d'annuler ses contrats d'approvisionnement si les inspections révélaient des violations contractuelles, par les fournisseurs. Ces inspections effectivement accomplies par Wal-Mart n'imposaient d'aucune façon un devoir de protéger les demandeurs par l'entreprise. Finalement concernant la requête pour négligence en Common Law, les victimes n'ont apporté aucune preuve supplémentaire démontrant que Wal-Mart avait l'obligation de surveiller les fournisseurs. Les juges ont ainsi résumé leur position en affirmant que :

« Whichever theory is invoked (third-party beneficiary negligence, negligent retention of control, negligent undertaking, and common law negligence), however, we conclude that Wal-Mart did not owe Plaintiffs a common-law duty to monitor Wal-Mart's suppliers or to prevent the alleged intentional mistreatment of Plaintiffs by the suppliers. Without such a duty, Plaintiffs negligence theories do not state a claim. »⁵⁶⁹.

Il ressort donc clairement de cette décision que les codes de conduite ne sauraient être érigés au même rang juridique que des contrats⁵⁷⁰. Cette affaire met aussi en lumière les limites de la théorie de la stipulation pour autrui, qui énonce que les tiers, en l'occurrence, les employés d'un sous-traitant soumis contractuellement au respect d'un code de conduite pourraient tirer parti de cette convention pour revendiquer certains droits directement auprès de la société édictant le code, mais avec laquelle ils n'entretiennent aucune relation

⁵⁶⁹ Voir *Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 572 F.3d (9th Cir. Jul. 10, 2009).

⁵⁷⁰ Claire MARZO, « Chapitre 2. La responsabilité sociale des entreprises », (2012) 1 *La Revue des droits de l'homme* 409, 421, en ligne : <<http://revdh.revues.org/153>>, (Site consulté le 10 juin 2014).

de travail⁵⁷¹. Malgré cette décision défavorable pour les victimes, l'affaire a quand même eu un écho médiatique suffisamment important pour obliger Wal-Mart à résilier de nombreux contrats chez les sous-traitants accusés de ces violations et à consentir à laisser les salariés exercer leur liberté d'association en formant des syndicats dans certains centres de production⁵⁷².

Dans la troisième affaire *Does I v. Gap* citée précédemment, trois recours furent portés en 1999, dont deux devant les instances fédérales en Californie et un devant le tribunal de district des Îles Mariannes du Nord par trois groupes de victimes employées sur l'île de Saïpan. Situé dans les îles Mariannes dans le Pacifique, Saïpan fait partie du Commonwealth américain, elle dispose cependant de sa propre législation en matière de travail et d'immigration. De nombreuses entreprises y profitent de la délocalisation en employant des travailleurs provenant essentiellement d'Asie dans des usines où sont confectionnés des articles «Made in the USA» qui sont ensuite exportés vers le continent américain exemptés de droits de douane. La situation particulière de Saïpan donnait lieu cependant à des violations des droits humains selon les recours collectifs intentés par plus de trente mille travailleurs qui exigeaient des réparations pour les mauvais traitements infligés notamment des journées de travail de 12 heures imposées, des conditions de travail difficiles dans des locaux insalubres, et des rémunérations en dessous du salaire légal⁵⁷³. Le recours s'appuyait sur la *Fair Labour Standards Act*⁵⁷⁴, et sur la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Statute* (RICO), une loi octroyant un droit d'action pour les recours civils en dommages-intérêts et qui est destinée à réprimer la participation aux activités d'une entité ou d'une organisation criminelle⁵⁷⁵. Alors que le tribunal saisi

⁵⁷¹ Cette théorie s'oppose au principe de la relativité des effets internes des contrats ne peut être valable que s'il est clairement démontré l'intention des parties de créer des droits au bénéfice de tiers, Gregory LEWKOWICZ, « Les codes de conduite: source du droit global? », Centre Perelman de Philosophie du Droit, Université Libre de Bruxelles, p. 15, en ligne : <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=gregory_lewkowicz> (Site consulté le 5 juin 2014).

⁵⁷² Laure LAVORATA et Marc DUPUIS, « Distribution internationale et Responsabilité sociale de l'entreprise : Proposition d'un cadre d'analyse », Communication 13ème Colloque, octobre 2010, p. 18, en ligne : <http://iae.univ-larochelle.fr/IMG/pdf/24Lavorata_Dupuis.pdf> (Site consulté le 15 juillet 2014).

⁵⁷³ Voir *Doe I v. The Gap, inc* No. CV-01-0031 (D.N. Mar. I. Nov 26, 2001), *Does I v. Gap* No. CV-01-0031, 2003, préc., p.85.

⁵⁷⁴ *Fair Labour Standards Act*, 29 U.S.C. §§ 201-219.

⁵⁷⁵ 18 U.S.C. § 1961, *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, 961 (9th Cir. 2002).

examinait la requête des victimes en 2004, les entreprises impliquées ont proposé aux victimes de négocier. L'affaire s'est finalement soldée par une des transactions les plus importantes de l'histoire en matière de droit du travail. Vingt-six marques textiles et vingt-trois entreprises ont accepté de constituer un fonds social de 20 millions de dollars destinés à compenser les heures de travail impayées aux victimes. L'accord a aussi permis l'adoption de codes de bonne conduite au niveau des différentes entreprises impliquées dans le recours et la mise sur pied d'une procédure de monitoring des sous-traitants⁵⁷⁶.

Ces stratégies juridiques démontrent bien que les instruments juridiques ne sont pas nombreux ou toujours appropriés pour permettre de poursuivre avec succès les EMNs devant les tribunaux. Toutefois, le constat qui se dégage aussi de l'étude de ces cas est que ces actions judiciaires ne visent pas forcément des condamnations des EMNs au niveau juridique. Il s'agit en effet souvent plus pour les victimes et leurs représentants de susciter une prise de conscience dans la sphère publique, au niveau des EMNs, et de mettre une pression sur ces dernières pour aboutir à des transactions privées⁵⁷⁷. Cette tendance témoigne ainsi de la nécessité de sortir des sentiers traditionnels pour examiner les voies alternatives susceptibles de créer des effets de levier sur la mise en œuvre du droit à réparation hors de la sphère judiciaire. Analysons donc à ce dernier stade du travail dans quelle mesure les EMNs peuvent participer à l'élaboration du droit à réparation par l'instauration d'un cadre de régulation privée, en examinant succinctement la tragédie du Rana Plaza au Bangladesh et ses conséquences.

SECTION II LES VOIES ALTERNATIVES POUR LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT À RÉPARATION PAR LES EMNS: LE CAS PRATIQUE DE LA TRAGÉDIE AU BANGLADESH

Le 24 avril 2013, le Bangladesh, deuxième exportateur mondial de prêt-à-porter⁵⁷⁸, a vécu la plus grande tragédie industrielle de son histoire lorsque le Rana Plaza, un bâtiment

⁵⁷⁶ *Does I v. Gap Inc.*, No. GV-01-0031, 2003 W L 22997250, 1 (D.N. Mar. I.Sept. 11, 2003).

⁵⁷⁷ Plusieurs affaires intentées sur la base de l'ATCA ont aussi été résolues par voie transactionnelle, K. SONTAG, préc., note 343, Tableaux, p. 641 et suiv.

⁵⁷⁸ Il existe au Bangladesh plus de 5 000 ateliers textiles. Le secteur représente aujourd'hui 75% de ses exportations et environ 4 millions de personnes y sont employées. Pour des informations détaillées sur le pays voir PNUD, (2013), About Bangladesh, en ligne : <<http://www.bd.undp.org/content/bangladesh/en/home/countryinfo/>> (Site consulté 15 juin 2014).

vétuste abritant des ateliers de confection textile, s'est effondré sur près de 3500 ouvriers. L'accident, qui a fait environ 1129 morts en laissant plus de 2000 blessés sur le carreau, a suscité beaucoup d'émotions et de réactions sur la scène internationale, puisque ces ouvriers travaillaient pour les sous-traitants de plusieurs grandes marques de vêtements occidentales. La société civile est montée au créneau pour dénoncer un problème devenu courant dans ce pays, car quelques mois plus tôt, 112 ouvriers avaient déjà péri dans l'incendie de l'atelier de textile appartenant à Tazreen Fashions en novembre 2012⁵⁷⁹.

En réaction à ces drames, plusieurs initiatives nationales, bilatérales⁵⁸⁰ et multilatérales, ont été mises sur pied pour apporter une réponse concrète au problème. Le gouvernement bangladais s'était déjà engagé à développer un Plan national d'action tripartite sur la sécurité incendie et l'intégrité des structures (PNAT), plan lancé un mois avant l'effondrement⁵⁸¹. Sur le plan législatif, en juillet 2013, des amendements ont été apportés à la loi bangladaise sur le travail, en matière de liberté syndicale, de santé et de sécurité au travail⁵⁸². L'Union Européenne, qui est le premier partenaire commercial du Bangladesh⁵⁸³,

⁵⁷⁹ Selon les rapports de l'Union Européenne, depuis 2005 près de 600 ouvriers du textile sont morts dans des incendies d'ateliers. Union Européenne, *Résolution du Parlement européen sur les conditions de travail et les normes de santé et de sécurité à la suite des incendies d'ateliers et de l'effondrement d'un immeuble survenus récemment au Bangladesh* (2013/2638 (RSP)), IP/13/667 08/07/2013, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0230+0+DOC+XML+V0//FR#ref_1_8> (Site consulté le 15 juin 2014).

⁵⁸⁰ Les États-Unis ont suspendu le système des préférences commerciales accordées au Bangladesh le 27 juin 2013. En juillet, un plan d'action pour le Bangladesh a été mis sur pied par le gouvernement bangladais dans le but de renforcer et de soutenir les efforts de tous les acteurs internationaux afin de promouvoir l'amélioration des droits des travailleurs et la sécurité des travailleurs au Bangladesh., US Department of United States, Statement by the U.S. Government on Labor Rights and Factory Safety in Bangladesh, en ligne : <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2013/07/212209.htm#>> (Site consulté le 15 juin 2014).

⁵⁸¹ Le 22 octobre 2013, l'OIT a lancé un programme de trois ans et demi, d'un montant de 24,2 millions de dollars afin de permettre l'application du PNAT et d'améliorer les conditions de travail dans le secteur du textile et de l'habillement. ILO, National Tripartite Plan of Action on Fire Safety and Structural Integrity in the garment Sector of Bangladesh (NTPA), en ligne : <http://www.ilo.org/dhaka/Informationresources/WCMS_221543/lang--fr/index.htm> (Site consulté le 15 juin 2014).

⁵⁸² Après l'incident par exemple, 140 nouvelles organisations de travailleurs environ ont pu être enregistrées en 2013, contre deux syndicats enregistrés dans les trois années précédentes, OIT, *La réponse de l'OIT à la tragédie du Rana Plaza*, en ligne : <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/activities/all/safer-garment-industry-in-bangladesh/WCMS_240417/lang--fr/index.htm> (Site consulté le 15 juin 2014).

⁵⁸³ Le Bangladesh bénéficie pour tous ses produits d'un accès hors taxe et hors quota au marché de l'UE dans le cadre de l'initiative «Tout sauf les armes». Les exportations totales du Bangladesh vers l'UE constituent plus de 10 % du PIB du pays, soit environ 9,2 milliards en 2012, ce qui génère environ 2,5 millions d'emplois. Les détails de la relation entretenue par l'UE et le Bangladesh sont disponibles en ligne : <<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/bangladesh/>> (Site consulté le 15 juin 2014).

a de son côté pris une initiative commune avec l'OIT, qui a débouché sur l'adoption d'un pacte sur la durabilité⁵⁸⁴ visant à encourager le Bangladesh à respecter les normes internationales en matière de droits humains et de droits fondamentaux du travail.

Au cœur de la tempête médiatique suscitée par la tragédie, la question clé de la portée de la responsabilité des entreprises pour le respect des droits humains dans la chaîne d'approvisionnement⁵⁸⁵ a été remise sur le tapis. Les détracteurs de la doctrine de la RSE⁵⁸⁶ ont trouvé l'occasion idéale pour montrer du doigt les insuffisances et remettre en cause l'efficacité réelle de celle-ci dans la protection des ouvriers du secteur textile qui travaillent dans les ateliers des pays moins avancés comme le Bangladesh. En réaction aux nombreuses critiques soulevées, les EMNs, acculées en raison du scandale de l'effondrement du Rana Plaza ont été contraintes de sortir de leurs réserves habituelles pour concrétiser des actions afin de réagir au drame. Un Accord sur les mesures de sécurité ayant trait aux incendies et aux bâtiments (ci-après l'Accord)⁵⁸⁷ a ainsi vu le jour mis le 13 mai 2013 suite à la catastrophe de Dacca. L'accord est en réalité l'aboutissement des négociations entre les syndicats internationaux et les grandes marques dans le secteur textile entamées depuis 2008. Il est donc nécessaire d'étudier brièvement cette initiative

⁵⁸⁴ *Pacte pour l'amélioration constante des droits du travail et de la sécurité des ateliers de l'industrie de la confection et de la bonneterie au Bangladesh*, en ligne < http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/july/tradoc_151601.pdf > (Site consulté le 14 juin 2014).

⁵⁸⁵ Les *Principes directeurs de l'OCDE* définissent la chaîne d'approvisionnement dans un sens large, notamment en considérant tous les fournisseurs avec lesquels l'entreprise entretient des relations professionnelles en l'occurrence les fournisseurs directs qui offrent un produit ou service, et les sous-traitants liés par un engagement contractuel. Les relations dans la chaîne d'approvisionnement peuvent ainsi prendre diverses formes, comme des franchises, des accords de licence ou de sous-traitance. OCDE, *Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales*, préc., note 168, p. 27-30. Les principes directeurs de l'ONU font référence pour leur part à la « chaîne de valeur » ou de la « chaîne logistique » d'une entreprise commerciale. Elle englobe les activités transformant les entrées en sorties en additionnant une valeur ajoutée. Elle inclut des entités avec lesquelles elle entretient des relations commerciales directes ou indirectes, HCDH, *Guide interprétatif*, p.12 et 22.

⁵⁸⁶ La RSE vise à encourager les entreprises à prendre en compte sur une base volontaire les préoccupations sociales et environnementales dans leurs activités, sous la forme de plusieurs textes de *soft law* à l'instar des codes de conduite ou des lignes directrices, des principes directeurs en management, schémas de notation et indices de certification. Voir l'ancienne définition de la Commission des communautés européennes adoptée en 2006, COM/2006/0136/FINAL, 22 mars 2006, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52006DC0136>> (Site consulté le 1^{er} juillet 2014). À Noter selon la nouvelle définition apportée au concept en 2011 que la RSE est appréhendée comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société », Commission Européenne, COM/2011/681/FINAL, 25 octobre 2011, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0681:FIN:FR:PDF>> (Site consulté le 1^{er} juillet 2014).

⁵⁸⁷ *Accord on Fire and Building Safety In Bangladesh*, en ligne : <<http://www.bangladeshaccord.org/>> (Site consulté le 10 juin 2014), [Ci-après *Accord*].

majeure ayant permis l'implication des EMNs dans la réponse internationale à la tragédie (§1), et dans un dernier temps d'évaluer la portée du Fonds d'indemnisation mise sur pied pour répondre aux besoins des victimes par l'octroi de réparations effectives à celles-ci (§2).

Paragraphe 1 L'Accord sur les mesures de sécurité au Bangladesh: une initiative pionnière pour la protection des droits des travailleurs

L'Accord signé en mai 2013 est le fruit d'une entente entre deux syndicats internationaux, de syndicats bangladais et de plusieurs entreprises représentant des marques et détaillants de vêtements ayant des fournisseurs au Bangladesh⁵⁸⁸. Le processus qui a commencé avec la signature d'une trentaine d'entreprises connaît aujourd'hui une mobilisation internationale sans précédent, puisque près de 170 entreprises provenant de plus d'une vingtaine de pays d'Europe, d'Amérique du Nord, d'Asie et de l'Australie sont parties à l'Accord⁵⁸⁹. L'Accord, dont le mode d'opération est basé sur le PNAT, s'applique à 1539 des 3498 ateliers bangladais qui confectionnent des vêtements destinés à la vente internationale⁵⁹⁰. La coordination de l'Accord est assurée par un comité de pilotage composé d'une représentation paritaire des entreprises signataires, des syndicats et de l'OIT qui assure une présidence neutre. Cette adhésion multipartite à l'Accord correspond à une démarche familière adoptée ces dernières années entre les entreprises et les syndicats internationaux notamment avec la négociation des accords-cadres internationaux (ACI). Ces modèles de régulation privée qui sont des ententes négociées entre des syndicats et les employeurs ont pour objet de protéger les droits des travailleurs et de promouvoir le dialogue social dans les chaînes de production⁵⁹¹. Ils visent ainsi à pallier aux limites des

⁵⁸⁸ Il s'agit notamment d'IndustriALL, une fédération internationale représentant près de 50 millions de travailleurs de 140 pays, voir en ligne : <<http://www.industrialunion.org/fr/a-propos-de-nous>> (Site consulté le 25 juillet 2014) et d'UNI Global Union qui représente plus de 20 millions de travailleurs du secteur de services par le biais de ses 900 syndicats affiliés dans 150 pays à travers le monde, en ligne : <<http://www.uniglobalunion.org/fr/propos>> (Site consulté le 25 juillet 2014). Les ONG témoins sont représentées par Clean Clothes Campaign, Worker Rights Consortium, International Labor Rights Forum et Maquila Solidarity Network.

⁵⁸⁹ Pour un aperçu de la liste des entreprises signataires, voir en ligne : <<http://www.bangladeshaccord.org/signatories/>>, (Site consulté le 25 juillet 2014).

⁵⁹⁰ Pour la liste des ateliers, voir <<http://bangladeshaccord.org/wp-content/uploads/accord-public-disclosure-report-1-september-2014.pdf>> (Site consulté le 2 septembre 2014).

⁵⁹¹ Renée-Claude DROUIN, « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une régulation collective transnationale », (2006) 47 *Les cahiers de Droit* 703, 706. Les ACI se caractérisent principalement par quatre éléments notamment la participation des organisations syndicales internationales à leur négociation, la

codes de conduite qui sont généralement unilatéraux et ne favorisent pas forcément tous les intérêts des travailleurs visés⁵⁹². L'Accord du Bangladesh est assimilable à un instrument de « régulation transnationale négociée » au regard de sa nature et de sa fonction⁵⁹³. Marie-Ange Moreau affirme d'ailleurs à ce sujet que cet instrument peut être assimilable à un accord-cadre transnational dont la singularité repose sur sa dimension collective au regard du grand nombre de parties signataires, et sa dimension institutionnelle qui lui est concédée grâce à son contenu dont l'objectif est l'instauration d'un mode de contrôle de la sécurité des entreprises dans le secteur du textile⁵⁹⁴. Nous présenterons donc successivement le contenu de l'accord (1) avant de relever ses spécificités et sa portée sur le droit à réparation des victimes de la catastrophe de Dacca (2).

1) Le contenu de l'Accord sur les mesures de sécurité ayant trait aux incendies et aux bâtiments

L'Accord vise essentiellement l'amélioration des conditions de travail par la prévention des incendies et par la sécurisation des bâtiments dans lesquels travaillent les ouvriers à longueur de journée. Cet Accord vient combler les lacunes de l'encadrement national du Bangladesh, qui n'a pas ratifié la Convention n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs de l'OIT⁵⁹⁵. Un programme quinquennal est prévu dans l'Accord qui est structuré par des étapes bien déterminées. À cette fin, un directeur exécutif, un inspecteur en chef de la sécurité, et un coordonnateur de la formation ont été recrutés⁵⁹⁶. Des tournées d'inspection initiales ont été planifiées afin de déterminer les ateliers et fabriques des fournisseurs résiduels de chaque société nécessitant la prise de mesures immédiates pour les réparations urgentes des bâtiments afin de garantir la sécurité des travailleurs. Ces

référence aux droits fondamentaux consacrés par la Déclaration de 1998 l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail, l'introduction d'une procédure de mise en œuvre et un engagement de l'entreprise en ce qui a trait la conduite de ses sous-traitants, p.733 et 734.

⁵⁹²*Id.*, p.705. Les codes étendent souvent les pouvoirs de direction de l'employeur et dans certains cas ils réduisent le champ de la négociation collective.

⁵⁹³Marie-Ange MOREAU, « Travail forcé, RSE et sous-traitance dans l'industrie textile en Asie: réflexion sur l'action de l'OIT », (2014) 5 *Droit social* 413, 421.

⁵⁹⁴ *Id.*

⁵⁹⁵ OIT, *Convention (n° 121) concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail*, (Entrée en vigueur: 11 août 1983), en ligne : http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300 (Site consulté le 11 juin 2014).

⁵⁹⁶ *Accord*, article 4.

inspections initiales limitées sont également destinées à identifier les risques et s'il est nécessaire d'ordonner des réparations structurelles sur les sites des ateliers qui ont uniquement des commandes ponctuelles de la part des entreprises. À cet effet, l'Accord prévoit que des inspections de sécurité approfondies et crédibles soient effectuées dans les deux premières années du programme par le personnel sous la direction de l'inspecteur de la sécurité conformément aux normes de travail nationales et aux normes internationalement reconnues⁵⁹⁷. Il est important de souligner que les entreprises signataires peuvent exiger que leurs fournisseurs au Bangladesh participent pleinement à l'inspection et à la réparation des risques de sécurité dans leurs ateliers⁵⁹⁸, ce qui constitue une grande innovation par rapport aux engagements en matière de RSE que les EMNs souscrivent habituellement. En ce sens, l'Accord insiste sur le volet de mesures de rénovations qui prévoit que si les actions correctives sont essentielles pour mettre l'atelier en conformité avec les normes de sécurité électrique, de sécurité incendie et de sécurité des bâtiments, les entreprises signataires peuvent exiger que les fournisseurs, selon les niveaux identifiés, mettent en œuvre ces actions correctives, selon un programme obligatoire de rénovation⁵⁹⁹. De plus, dans le cas où le fournisseur ne se conforme pas aux exigences visant à maintenir des lieux de travail sûrs ou à respecter des exigences de modernisation et réfection prévues par l'Accord, un processus de notification allant de l'avertissement à la résiliation de la relation commerciale peut lui être appliqué⁶⁰⁰. Il importe de souligner le fait que l'Accord ne s'applique pas de la même façon à tous les fournisseurs, et les inspections et mesures correctives sont réparties en fonction du volume de production, notamment les « usines de niveau 1 » disposant d'un minimum de 30% environ en volume de la production annuelle et les « usines de niveau 2 » regroupant tout fournisseur résiduel important ou à long terme de chaque entreprise.⁶⁰¹ Finalement, un important volet est dédié à la formation destinée aux ouvriers dans les ateliers sur les questions de sécurité et de santé. À cet effet, les propriétaires des principaux ateliers textiles qui fournissent les marques et les détaillants ont l'obligation d'autoriser les représentants syndicaux à former

⁵⁹⁷ *Id.*, article 9.

⁵⁹⁸ *Id.*, article 21

⁵⁹⁹ *Id.*, article 12.

⁶⁰⁰ *Id.*, article 13.

⁶⁰¹ *Id.*, article 1.

régulièrement dans les ateliers les travailleurs au sujet de leurs droits et de leur rôle sur les questions de sécurité⁶⁰².

Depuis la signature de l'Accord, près de 800 inspections pour l'incendie, l'électricité et la sécurité architecturale ont été achevées⁶⁰³. Dans une optique de transparence, les rapports d'inspection ont été divulgués ainsi que les plans d'action de réparation d'une cinquantaine d'ateliers qui doivent être rénovés⁶⁰⁴. Pour mettre sur pied toutes ces mesures, le financement de ces activités a été prévu par les entreprises qui doivent contribuer selon leur volume annuel de la production sous réserve d'une contribution maximale de 500.000 dollars pour chaque année⁶⁰⁵. Au-delà de ces aménagements pratiques assez innovants, les modalités de l'Accord lui donnent certaines spécificités qui méritent d'être relevées.

2) Les spécificités et la portée de l'Accord

Contrairement aux précédentes initiatives visant souvent timidement à promouvoir le respect des droits humains par les EMNs, la principale spécificité de l'Accord auquel ont adhéré plus d'une centaine d'entreprises est qu'il est définitif et contraignant. Certaines entreprises étaient d'ailleurs très réticentes à signer l'Accord⁶⁰⁶, mais les pressions de la société civile et des consommateurs ont finalement fait pencher dans la balance la nécessité de la prise en compte de l'intérêt des droits des travailleurs. L'Accord dispose ainsi d'une certaine capacité à impulser des changements réels sur le terrain de l'industrie textile au Bangladesh, puisque tel que l'énonce le préambule par sa signature de l'Accord, les

⁶⁰² *Id.*, article 16.

⁶⁰³ *Accord*, Inspection reports, en ligne : <<http://accord.fairfactories.org/ffcweb/Web/ManageSuppliers/InspectionReportsEnglish.aspx>> (Site consulté le 17 juin 2014).

⁶⁰⁴ À cet effet, une liste unique de tous les fournisseurs au Bangladesh et des sous-traitants employés par les entreprises signataires sera fournie au Comité Pilote et régulièrement actualisées par chacune des entreprises signataires. *Id.*, article 19, a), b), c).

⁶⁰⁵ *Accord*, article 22.

⁶⁰⁶ L'UE a exhorté les détaillants Walmart, Gap, Metro, NKD et Ernstings qui continuaient à s'opposer à tout accord contraignant à rejoindre le mouvement en s'engageant au Bangladesh en signant l'Accord. Voir Union Européenne, *Résolution du Parlement européen sur les conditions de travail et les normes de santé et de sécurité à la suite des incendies d'ateliers*, préc., note 579. Par ailleurs, il faut signaler aussi que 26 distributeurs et grandes marques nord-américaines entre autres Walmart et Gap ont décidé de s'engager dans un autre processus à travers le groupe *Alliance* qui rassemble 770 autres ateliers, afin de développer une initiative non contraignante d'une durée de cinq ans pour améliorer la sécurité-incendie et la sécurité des bâtiments dans les ateliers de textile au Bangladesh. Ni l'OIT, ni les syndicats ne sont parties à cette Alliance, contrairement à l'Accord. Voir *Alliance for Bangladesh Worker Safety*, en ligne : <<http://www.bangladeshworkersafety.org/about/about-the-alliance>> (Site consulté le 17 juin 2014).

entreprises se sont engagées à financer, d'octroyer des prêts, ou à mandater toutes les rénovations et réparations nécessaires pour la sécurisation des ateliers dangereux au Bangladesh auprès de leurs fournisseurs. De plus, les entreprises signataires se sont engagées à rester au Bangladesh pendant au moins durant les deux des cinq prochaines années du programme de mise en œuvre de l'accord, et de maintenir les relations d'affaires à des volumes de commandes comparables ou supérieures⁶⁰⁷. Cette disposition préserve ainsi les victimes et les ouvriers bangladais d'une mise au chômage massive si toutes les entreprises stoppaient les relations contractuelles après le drame.

Par ailleurs, cet accord contribue au renforcement des droits syndicaux puisqu'il accorde un rôle central aux représentants des travailleurs dans tous les aspects relatifs à l'élaboration des politiques sur la santé et à la salubrité des lieux de travail. En outre, la liberté d'association et le droit de négociation collective, de même que la participation des syndicats et des travailleurs, sont renforcés dans l'Accord. Entre autres, les entreprises doivent désormais s'assurer que des comités de santé et de sécurité existent dans tous les ateliers concernés et qu'ils soient constitués au minimum de 50% des ouvriers des ateliers et de 50% des gérants des usines⁶⁰⁸.

Le point focal de l'Accord énonce que les fabricants sont tenus de respecter le droit des travailleurs à refuser un travail dangereux, mais aussi celui de s'opposer à s'introduire ou à travailler dans un bâtiment que les travailleurs estiment à risque⁶⁰⁹. Cette disposition permettra certainement d'éviter qu'un drame semblable à celui du Rana Plaza, où les travailleurs ont été forcés d'entrer dans un bâtiment dont ils avaient dénoncé la vétusté, ne se reproduise. De plus, il est expressément prévu que les entreprises signataires puissent exiger que leurs ateliers fournisseurs qui sont inspectés dans le cadre du programme maintiennent la relation d'emploi des travailleurs et paient l'intégralité de leur salaire jusqu'à leur retour au travail, pour une durée maximale de six mois, durant toute période

⁶⁰⁷ *Accord*, article 23. À condition toutefois que ces affaires soient commercialement viables pour chaque entreprise et que l'atelier continue à respecter nettement les conditions de la société ainsi que les exigences de la société envers ses usines fournisseuses au titre du présent accord.

⁶⁰⁸ *Id.*, article 17.

⁶⁰⁹ *Id.*, article 15.

pendant laquelle un atelier (ou une partie d'atelier) est fermé pour les rénovations⁶¹⁰. Un système de recrutement préférentiel des employés licenciés pour perte de commande est également prévu dans le texte⁶¹¹. En outre, les travailleurs et les syndicats disposent désormais d'un mécanisme de dépôt de plaintes pour encadrer les problèmes relatifs à des ateliers spécifiques à l'Inspecteur, qui pourra procéder pour investigation⁶¹². Ces dispositions améliorent à n'en point douter la situation des travailleurs pour l'avenir grâce aux nombreuses mesures de prévention visant à garantir le respect des droits fondamentaux des travailleurs et de leur sécurité au travail. Plus largement, l'Accord permet aussi d'offrir des mesures réparatrices concrètes aux victimes survivantes en assurant d'une certaine façon leur réintégration professionnelle.

Finalement, l'innovation majeure dans cet accord est la possibilité pour les parties signataires (les entreprises, les syndicats nationaux et internationaux, et ONG) de recourir à un processus d'arbitrage définitif et contraignant⁶¹³ lorsque survient un différend au sujet de l'Accord ou de ses conditions. Le premier recours pour régler le litige doit s'effectuer au niveau du Comité pilote par vote majoritaire dans un délai maximum de 21 jours⁶¹⁴. En cas de désaccord persistant, les parties sont autorisées à recourir au processus d'arbitrage qui est défini comme « une institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci. »⁶¹⁵. Le processus d'arbitrage et de sélection de l'arbitre est donc régi par la loi type de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) sur l'arbitrage commercial international de 1985 et qui a été amendée en 2006⁶¹⁶. Cette loi type propose aux États et parties intéressées, un modèle de texte relatif à l'arbitrage. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI a connu un grand succès grandissant

⁶¹⁰ *Id.*, article 13 Le manquement à ces exigences est susceptible de déclencher une notification, un avertissement ou en dernier ressort la résiliation de la relation d'affaires conformément aux dispositions du paragraphe 21 de l'Accord.

⁶¹¹ *Id.*, article 14

⁶¹² *Id.*, article 18

⁶¹³ L'arbitrage est un mode de règlement alternatif de règlement de différend, Henry MOTULSKY, *Écrits, études et notes sur l'arbitrage*, Paris, Dalloz, 1974, p. 5

⁶¹⁴ Accord, article 4

⁶¹⁵ Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987, p.372

⁶¹⁶ CNUDCI, Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf> (Site consulté le 15 juin 2014)

et les avantages qu'elle offre sont nombreux. En plus d'offrir un traitement rapide et non médiatisé, il consacre notamment un traitement égalitaire entre les parties qui bénéficient d'une grande autonomie procédurale⁶¹⁷. Les arbitres nommés doivent par ailleurs être indépendants et impartiaux⁶¹⁸ et le tribunal arbitral peut nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport sur les points précis qu'il estimera utile pour trancher certains litiges⁶¹⁹. Finalement, toute sentence arbitrale prononcée à l'issue du processus sera exécutoire au for du domicile de la partie signataire contre laquelle l'exécution est demandée, conformément à la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères⁶²⁰. Il y a lieu de relever ici que c'est l'instauration de ce processus contraignant qui a en grande partie motivé les grandes entreprises nord-américaines à refuser la signature l'Accord, pour adhérer au projet volontaire de l'Alliance pour la sécurité des travailleurs du Bangladesh, qui n'est assortie d'aucune mesure contraignante⁶²¹.

Ce processus précurseur se rapproche dans une certaine mesure de l'idée mise de l'avant par Éric Loquin à l'effet que l'arbitrage des litiges transnationaux soit transposé en droit international du travail afin d'échapper aux « particularismes nationaux hostiles aux droits sociaux fondamentaux et à la fragmentation des droits applicables »⁶²². Cependant, il faut préciser qu'il ne s'agit pas d'un arbitrage direct des litiges entre les victimes et les entreprises. Par ailleurs, depuis la signature de l'Accord, aucune demande d'arbitrage n'a été soumise par les parties signataires, ce qui laisse penser que la mise en œuvre actuelle

⁶¹⁷ *Id.*, p.34 et 35

⁶¹⁸ *Id.*, article 5

⁶¹⁹ *Id.*, article 26

⁶²⁰ *Accord*, article 5

⁶²¹ L'Alliance regroupe 26 entreprises signataires, notamment Ariela and Associates International LLC; Canadian Tire Corporation, Limited; Carter's Inc.; The Children's Place Retail Stores Inc.; Costco Wholesale Corporation; Fruit of the Loom, Inc.; Gap Inc.; Tiger; Hudson's Bay Company; IFG Corp.; Intradeco Apparel; J.C. Penney Company Inc.; The Jones Group Inc.; Jordache Enterprises, Inc.; The Just Group; Kohl's Department Stores; L. L. Bean Inc.; M. Hidary & Company Inc.; Macy's; Nordstrom Inc.; Public Clothing Company; Sears Holdings Corporation; Target Corporation; VF Corporation; et Wal-Mart Stores, Inc.; YM Inc., *Alliance for Bangladesh Worker Safety*, préc., note 606.

⁶²² Éric LOQUIN, « L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux », dans MARIE-ANGE MOREAU, HORATIA MUIR WATT, et PIERRE RODIÈRE (dir.), préc., note 326, p. 223, à la page 231-234. Il existe plusieurs obstacles à l'arbitrage des litiges avec les EMNs, L'auteur propose ainsi un ensemble de propositions pour contourner ces obstacles, notamment la création à travers un ACI d'un centre d'arbitrage réservée aux litiges transnationaux au sein d'un groupe multinational de sociétés par exemple, p. 232.

de l'Accord ne soulève pas encore de problèmes ou que puisqu'elle n'en est qu'au tout premier stade, il est trop tôt pour voir les retombées de cette procédure. Il sera intéressant de suivre le processus dans les cinq prochaines années avant de pouvoir évaluer de façon pertinente ce jeune mécanisme.

Il faut aussi relever que l'Accord et ses mesures ont des caractéristiques qui se rapprochent sensiblement des critères prévus par les mécanismes extrajudiciaires⁶²³ énoncés par les *Principes directeurs de l'ONU*, notamment l'impartialité, la prévisibilité, l'équité, et la compatibilité avec les principes et les normes protégeant les travailleurs sur la scène internationale. En outre, l'approche soutenant l'Accord correspond aussi au modèle préconisé par John Ruggie, qui avait proposé que les processus de régulation associent les acteurs, en combinant à la fois les initiatives volontaires et contraignantes qui ne peuvent chacune séparément combler le fossé séparant les entreprises et les droits humains⁶²⁴.

En définitive, les nombreuses exigences et contraintes qui sont imposées aux sous-traitants contribuent à faire de l'Accord un instrument-cadre transnational de régulation prometteur, qui dépasse certaines limites reconnues aux ACI⁶²⁵. Contrairement aux autres engagements volontaires qui sont souvent dénoncés comme des campagnes de marketing⁶²⁶, l'Accord bénéficie d'ailleurs d'une certaine visibilité⁶²⁷, d'une légitimité et d'une crédibilité internationale grâce à la participation de grands syndicats dans le processus. Ces initiatives qui reposent en partie sur l'adhésion des EMNs ont un impact positif sur la prévention des risques qui peuvent menacer la vie des travailleurs, bien plus, elles permettent aussi la mise en place d'un cadre propice à des réparations effectives aux sinistrés et à leurs survivants au Bangladesh.

⁶²³ *Principe directeurs ONU*, principe 31.

⁶²⁴ John RUGGIE, préc., note 179, p. 81.

⁶²⁵ Les obligations de conduites des sous-traitants contenues dans les ACI sont généralement peu contraignantes, R.-C. DROUIN, préc., note 591, p. 748.

⁶²⁶ *Id.*, p. 722.

⁶²⁷ L'Accord a été approuvé par le Haut commissariat de l'ONU pour des Droits de l'homme, l'OCDE et l'UE ont exprimé leur soutien à l'accord.

Paragraphe 2 La portée du Fonds d'indemnisation pour la réparation des victimes au Bangladesh

À la suite de la tragédie, le 13 septembre 2013, le comité de Coordination des Indemnisations du Rana Plaza a été constitué afin d'établir un plan pour organiser la distribution des réparations monétaires aux victimes bangladaises. Il est formé par des agents du Ministère bangladais du Travail, des Associations des fabricants de vêtements du Bangladesh, de la Fédération des employeurs du Bangladesh, de trois syndicats, trois marques, deux ONG et par l'OIT qui en exerce la présidence neutre⁶²⁸. En novembre 2013, suite à plusieurs rencontres, le « Rana Plaza Arrangement » a été signé afin d'établir des lignes directrices pour procéder à une indemnisation rapide et effective aux victimes du Rana Plaza⁶²⁹. En janvier 2014, le « Rana Plaza Donors Trust Fund » a été mis sur pied afin de collecter les contributions pour venir en aide aux victimes. Son établissement vise clairement à apporter des réponses urgentes et concrètes aux besoins les plus pressants des victimes de la tragédie⁶³⁰. Le financement du fonds d'indemnisation procède de la contribution de tout donateur volontaire notamment de toute entreprise, organisation, organisme public ou acheteur, ou donateur privé, qui souhaite faire un don aux victimes et leurs familles touchées par la tragédie⁶³¹. Le Fonds a reçu à ce jour environ 17,9 millions de dollars de diverses sources, des grandes marques et par des donateurs privés⁶³². À cet effet, un comité de Coordination des Indemnisations du Rana Plaza, chargé de superviser

⁶²⁸ Les syndicats sont notamment IndustriALL Bangladesh Conseil (IBC), le Comité de coordination national pour l'éducation des travailleurs (NCCWE), IndustriALL Global Union. Les Marques sont El Corte Ingles, Loblaw et Primark. Les ONG sont l'Institut bangladais d'études sociales (BILS), et Clean Clothes Campaign (CCC).

⁶²⁹ Le *Rana Plaza Arrangement* a été signé par les représentants du Ministère de of Labour and Employment, Bangladesh: (BGMEA), la Fédération des Employeurs du Bangladesh (BEF), IndustriALL Bangladesh Council (IBC), National Coordination Committee for Workers' Education (NCCWE), Bangladesh Institute of Labour Studies (BILS), IndustriALL Global Union, les marques Bonmarché, El Corte Ingles, Loblaw Primark et l'association Clean Clothes Campaign (CCC), *Rana Plaza Arrangement*, « Full Text », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/mou/full-text>> (Site consulté le 19 juillet 2014), [Ci-après Accord d'indemnisation]. Pour la chronologie de la mise sur pied dudit Accord, voir « Timeline of the Rana Plaza Arrangement », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/timeline>> (Site consulté le 19 juillet 2014).

⁶³⁰ *Rana Plaza Arrangement*, « The Rana Plaza Donors Trust Fund », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/fund/termsandconditions>> (Site consulté le 20 juin 2014), [Ci-après Fonds d'indemnisation].

⁶³¹ *Id.*

⁶³² Au 4 août 2014, on dénombrait une vingtaine de marques ayant contribué au financement du Fonds spécial. Pour la liste actualisée des donateurs voir *Rana Plaza Arrangement*, « Donors », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/fund/donors>> (Site consulté le 17 juillet 2014).

l'administration du régime coordonné et de verser les paiements aux victimes a été mis sur pied. Le comité est également responsable de favoriser l'accès aux soins médicaux pour les victimes et leurs familles en mettant en œuvre les directives pratiques à l'Accord d'indemnisation et en fournissant une assistance aux victimes grâce à des conseils et autres formes de soutien appropriées⁶³³. Cette approche unique qui vise à apporter des réparations de manière équitable et transparente aux victimes en fonction de leurs pertes est menée en conformité avec les normes de l'OIT et les lois bangladaises et la mission du comité est ainsi formalisée dans l'Accord d'indemnisation. Évaluer l'impact du Fonds d'indemnisation pour les victimes au Bangladesh suppose que nous analysons succinctement les modalités du Fonds d'indemnisation des victimes (1) avant de relever les faiblesses et défis liés à son existence (2).

1) Les modalités pour l'indemnisation des victimes

Après la tragédie, il était impératif d'organiser un processus pour permettre une répartition efficace des montants qui pourraient être alloués pour l'indemnisation des victimes. L'Accord d'indemnisation a institué un dispositif de réclamations calqué sur le modèle de l'encadrement de l'OIT en matière d'accident du travail. Le processus de plainte a débuté le 24 mars 2014 dans les bureaux de Savar et de Dacca. La méthode de calcul pour le paiement des indemnités aux familles des travailleurs tués et aux travailleurs blessés a été mise sur pied conformément à la Convention n° 121 concernant les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles⁶³⁴. Cet encadrement permet à coup sûr d'éviter les problèmes courants posés par la gestion des Fonds d'indemnisation des victimes⁶³⁵ et un dispositif d'accompagnement spécial a par ailleurs été mis sur pied afin

⁶³³ Le comité doit par ailleurs surveiller la prestation des paiements aux victimes pour se prémunir contre des cas de fraude. À cet égard des commissaires ont été désignés pour vérifier la validité et la fiabilité de chaque revendication, et autoriser la distribution des montants individuels. *Rana Plaza Arrangement*, « Claims », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/mou/claims>> (Site consulté le 17 juin 2014).

⁶³⁴ OIT, *Convention concernant les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles*, 1964, (Entrée en vigueur: 28 juil. 1967), en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121> (Site consulté le 18 juin 2014).

⁶³⁵ Voir dans ce sens les nombreuses contestations soulevées par l'administration des victimes dans l'affaire du *Probo Koala*. En 2006, environ 30 000 victimes du déversement des déchets toxiques par un navire pétrolier ont engagé une action civile contre Trafigura en Angleterre. En septembre 2009, la Haute Cour d'Angleterre a approuvé un accord entre les parties prévoyant le versement de 30 millions de livres (45 millions de dollars) d'indemnités. Le responsable controversé du groupe de la Coordination nationale des victimes de déchets toxiques de Côte d'Ivoire (CNVDT-CI) a été mandaté en janvier 2010 par la Cour d'appel

de soutenir les victimes dans les démarches pour effectuer les réclamations⁶³⁶. Selon l'Accord d'indemnisation, la qualité de victime est reconnue à toute personne qui a été blessée dans la catastrophe et qui a perdu sa capacité de gain à la suite de blessures, ou toute personne à charge qui dépendait partiellement ou totalement du revenu gagné par une personne qui a été tuée dans la catastrophe du Rana Plaza⁶³⁷. Les premiers rapports énoncent ainsi que 3600 victimes, ainsi que les travailleurs non blessés présents le jour de la tragédie ont reçu chacun, en guise d'avance la somme de 50 000 BDT, soit l'équivalent de 650 USD, pour répondre à leurs besoins les plus urgents⁶³⁸. Une autre vague de travailleurs a reçu le même montant de l'entreprise Primark qui a accepté de financer les réparations en appliquant ses propres méthodes pour calculer les compensations⁶³⁹.

Les retombées positives de la mise sur pied du Fonds spécial n'affectent pas seulement les victimes, mais aussi les EMNs, dans le sens où il matérialise l'engagement de ces dernières à réparer et à prévenir les conséquences réelles ou potentielles de leurs relations commerciales sur les droits des travailleurs au Bangladesh⁶⁴⁰. Ces dernières décennies, les EMNs, très soucieuses de leur image, ont multiplié les initiatives de RSE pour éviter les

d'Abidjan pour établir les modalités de distribution des fonds. L'indemnisation des victimes a débuté en mars 2010, mais des nombreuses critiques ont été avancées sur les modalités du partage et aucun bilan clair n'a été donné sur les montants réels reçus par les victimes. Voir Business & Human Rights Resource Center, *Résumé du procès Trafigura (Côte d'Ivoire)*, en ligne : <<http://www.bateliers-humanrights.org/Documents/TrafiguraprofileFrench>> (Site consulté le 17 juin 2014).

⁶³⁶ Les victimes reçoivent l'assistance d'une équipe de conseillers du Bangladesh Legal Aid et Services Trust (BLAST). De plus, une ligne téléphonique a également été mise en place à Savar pour communiquer avec le bureau des réclamations. Par ailleurs, les travailleurs blessés sont gratuitement traités au Centre de Réhabilitation pour Paralysés (CRP) à Savar. Finalement des dispositions ont été prises pour ouvrir un compte bancaire pour les bénéficiaires de l'indemnisation, qui peuvent aussi recevoir accessoirement un accompagnement pour les aider à investir de l'argent dont les paiements seront effectués en plusieurs versements. *Rana Plaza Arrangement*, « Claims », préc., note 633.

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ Les montants ont été distribués à partir du 22 avril 2014, soit deux jours avant le premier anniversaire de la catastrophe. Voir « The Rana Plaza Coordination Committee pays out BDT 50,000 to each victim of Rana Plaza collapse », *Rana Plaza Arrangement, Press release*, en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/news/press-release-the-rana-plaza-coordination-committee-pays-out-bdt-50-000-to-each-victim-of-rana-plaza-collapse>> (Site consulté le 10 juin 2014).

⁶³⁹ *Rana Plaza Arrangement*, « Summary of the Coordination Committee meeting of March 18, 2014 », en ligne : <<http://www.ranaplaza-arrangement.org/news/summary-of-the-coordination-committee-meeting-of-march-18-2014>> (Site consulté le 19 juin 2014).

⁶⁴⁰ C'est d'ailleurs à l'occasion de leurs contributions au fonds que plusieurs entreprises ont fait des déclarations publiques réitérant leur volonté de respecter et mettre en œuvre les principes éthiques pour assurer la sécurité et les droits des travailleurs. Voir dans ce sens, « Primark remplit ses engagements d'indemnités à long terme pour les victimes du Rana Plaza », *Communiqué de Presse*, 17 mars 2014, en ligne : <<http://www.primark.com/fr/notre-ethique/news/rana-plaza>> (Site consulté le 2 juillet 2014).

scandales susceptibles d'entacher leur réputation. Il faut rappeler les pressions employées au travers du *naming and shaming*, qui ont dans un certain nombre de cas contraint les EMNs à prendre quelques mesures pour la protection des droits sociaux⁶⁴¹. En contribuant volontairement au Fonds pour l'indemnisation des victimes au Bangladesh, les EMNs démontrent ainsi qu'elles ont une certaine conscience sociale⁶⁴²; elles se mettent ainsi à l'abri des battages médiatiques et des éventuelles poursuites judiciaires. L'entreprise française Auchan par exemple fait face à de nombreuses critiques depuis qu'elle s'oppose à indemniser les victimes par l'entremise du Fonds, au prétexte qu'aucune relation commerciale n'existait avec un atelier de confection du Rana Plaza⁶⁴³. En réaction à l'inertie de l'entreprise, trois associations civiles ont intenté un recours civil devant le Parquet de Lille le 24 avril 2014, accusant le distributeur français de pratiques commerciales trompeuses et une enquête judiciaire a été ouverte à ce sujet⁶⁴⁴.

Cette forme de réparation a l'avantage d'offrir dans un délai court et de façon effective des réparations aux victimes, qui autrement auraient dû attendre de longues années avant de recevoir des compensations si des recours judiciaires étaient engagés. Mais plus d'un an

⁶⁴¹ On se rappelle par exemple de la campagne boycottée lancée par les universités de New York et du Michigan qui ont résilié leurs contrats d'approvisionnement avec Coca-Cola pour amener l'entreprise à appliquer la RSE au regard des nombreuses accusations de violations des droits humains en Colombie. T. COLLINGSWORTH, préc., note 415, p. 692.

⁶⁴² *Id.*, p. 682.

⁶⁴³ Des vêtements portant la marque du groupe avaient été retrouvés dans les décombres, sauf que l'entreprise a nié sa responsabilité affirmant qu'il s'agirait d'une sous-traitance dissimulée. Des situations généralement courantes au Bangladesh dans lesquelles un sous-traitant désigné va confier son contrat à un autre atelier sans en informer l'entreprise commanditaire. Certains rapports d'ONG énoncent que c'est une pratique courante pour permettre aux sous-traitants de respecter les délais de livraison qui sont souvent courts ou pour pouvoir fournir les quantités demandées. L'entreprise a affirmé avoir lancé un « plan d'action contre le phénomène de la sous-traitance non déclarée », Business & Human Rights Resource Center, « Effondrement du Rana Plaza: Ouverture d'une enquête préliminaire suite à la plainte déposée contre Auchan [Bangladesh/France] », en ligne : <http://www.espacedatapresse.com/fil_datapresse/consultation_cp.jsp?idcp=2784633> (Site consulté le 18 juin 2014).

⁶⁴⁴ *Id.* Le 26 mai 2014, le Parquet de Lille a accepté d'ouvrir une enquête préliminaire suite à la plainte déposée par Sherpa, Peuples solidaires et Collectif Éthique sur l'étiquette. Certainement acculée par la pression médiatique et la menace d'un procès, l'entreprise qui niait jusqu'alors sa collaboration avec les sous-traitants bangladais du Rana Plaza, a finalement cédé en s'engageant le 20 août 2014 auprès de l'OIT à verser la somme de 1,5 million de dollars au fonds destiné aux familles des victimes. Certaines ONG dénoncent toutefois l'insuffisance de cette contribution, voir Business & Human Rights Resource Centre « Annonce d'Auchan relative à sa contribution au fonds d'indemnisation des victimes du Rana Plaza : un premier pas bienvenu, mais insuffisant », en ligne : <<http://business-humanrights.org/fr/bangladesh-des-ong-se-p%C3%A9licitent-de-la-participation-d%E2%80%99auchan-au-fonds-d%E2%80%99indemnisation-des-victimes-du-rana-plaza-mais-jugent-le-montant-%C2%AB-insuffisant-%C2%BB#c105024>> (Site consulté le 30 août 2014).

après la catastrophe, malgré l'établissement du Fonds, des défis immenses qui demeurent remettent un peu en cause l'efficacité de cette voie pour la réparation des victimes.

2) Les faiblesses et les défis opérationnels liés à la constitution du Fonds spécial d'indemnisation

La solution indemnitaire pour la réparation des victimes a plusieurs limites, dont nous ne relèverons brièvement ici que quelques-unes. Dans un premier temps, il faut rappeler que le financement du Fonds d'affectation spéciale du Plaza Rana est volontaire et l'Accord d'indemnisation énonce d'ailleurs que la contribution au Fonds est une expression de soutien aux victimes de Rana Plaza et que les contributions s'effectuent dans un « élan de solidarité et de compassion ». Il s'ensuit conséquemment un certain laisser-aller concernant le financement qui s'élève actuellement à 17,5 millions de dollars sur les 40 millions attendus⁶⁴⁵ des EMNs qui réalisent pourtant des bénéfices se chiffrant en milliards par année. Les conditions qui établissent le Fonds d'affectation spéciale énoncent clairement qu'aucun don au Fonds d'affectation spéciale n'implique la responsabilité ni une obligation légale pour l'accident, de même que : « Nothing in these Terms and Conditions nor in the Fund's operation shall be construed as establishing a relationship of principal and agent between any Contributor and the ILO »⁶⁴⁶. Cet état de fait est dans un certain sens critiquable, dans la mesure où si les modalités qui conditionnent la répartition du fonds n'empêchent pas explicitement les victimes d'intenter les recours en responsabilité contre les entreprises, il est certain qu'elles peuvent contribuer implicitement à décourager toute initiative de poursuites judiciaires contre les entreprises puisque leur participation au fonds n'est pas une reconnaissance de leur responsabilité. De plus, cette forme de réparation ne répond pas à un certain idéal de justice qui voudrait que la réparation des victimes ne constitue pas un acte de charité, mais un droit juridiquement reconnu de recevoir des réponses adéquates aux violations de leurs droits.

En outre, la logique volontariste qui sous-tend le financement du Fonds conduit à une certaine insécurité par rapport au financement effectif de celui-ci, dans la mesure où

⁶⁴⁵ *Rana Plaza Arrangement*, « Donors », préc., note 632.

⁶⁴⁶ *Rana Plaza Arrangement*, « The Rana Plaza Donors Trust Fund », article 10 §1.

plusieurs entreprises refusent de s'engager en affirmant n'avoir aucun lien avec la tragédie. Il en découle par conséquent un risque que certaines victimes ne soient pas compensées ou qu'il y ait un retard dans le calendrier d'indemnisation des victimes, d'autant plus que le comité de coordination espérait avoir terminé le traitement de toutes les demandes six mois après le début du processus.

D'autre part, le processus indemnitaire peut soulever au passage un certain problème éthique, dans le sens où la constitution d'un fonds semble écarter la logique de poursuite judiciaire et donc de la mise en cause de la responsabilité des EMNs. Or, l'avantage d'une réparation ordonnée dans le cadre d'une procédure judiciaire est que dans ces cas, les victimes ont la possibilité d'exposer publiquement les agissements de l'entreprise et de rechercher une justice qui n'est pas uniquement monétaire⁶⁴⁷. Il apparaît approprié ici de rappeler les préoccupations du juge Cançado Trindade lorsqu'il affirme que :

« La logique – ou plutôt l'absence de logique – de *l'homo oeconomicus* de nos jours, pour lequel, au milieu de la nouvelle idolâtrie du dieu-marché, tout se réduit à la fixation de compensations financières, du fait que les relations humaines se sont mercantilisées, ne me convient pas. A l'intégralité de la personne humaine correspond en effet une réparation intégrale des préjudices soufferts, qui ne se réduit pas à l'indemnisation. Quel est le prix d'une vie humaine ? de l'intégrité ? de la liberté de conscience ou de la protection de l'honneur et de la dignité ? de la douleur ou de la souffrance humaine ? Le « problème » sera-t-il résolu une fois les indemnisations versées ? »⁶⁴⁸.

Dans le cas du Bangladesh, s'il est vrai que les propriétaires de l'immeuble du Rana Plaza, les propriétaires des ateliers de confection situés dans l'immeuble, des ingénieurs et certaines autorités municipales ont été arrêtés, il reste que les EMNs n'ont pas pour le moment vraiment été inquiétées au niveau judiciaire, que ce soit sur le plan pénal ou civil. Le temps dévoilera certainement les nombreux obstacles relevés tout au long de cette analyse auxquels se heurteront les victimes, à moins que des dispositions ne soient prises au niveau des instances judiciaires à l'avenir.

Néanmoins, il convient à ce stade de faire des concessions, en évitant l'adoption de positions extrêmes. Malgré les doutes qui émaillent la convenance des indemnisations pour

⁶⁴⁷ Liesbeth ENNEKING, préc., note 557, p. 137.

⁶⁴⁸ Opinion du juge Cançado Trindade dans l'*arrêt Villagrán Morales (réparation)*, § 35, § 36, dans Karine BONNEAU, préc., note 124, p. 5.

le préjudice moral subi par les victimes, la pertinence des réparations monétaires doit être admise, puisqu'elles offrent une réponse matérielle aux victimes et la solidarité qui s'exprime par les dons n'exclut en aucun cas le droit à réparation des victimes. Celles-ci doivent se contenter dans un premier temps de ces compensations financières qu'elles n'auraient peut-être pas reçues si la tragédie était survenue quelques décennies plus tôt, du fait de l'absence de médiatisation ou de l'implication de la communauté internationale et de la société civile. La mise sur pied du Fonds peut aussi être perçue dans une certaine mesure comme un moyen pour les EMNs d'apporter leur touche personnelle en délaissant le traditionnel costume de figurant pour jouer un rôle d'acteur, plus pertinent dans la construction d'un droit sur mesure pour la réparation des victimes.

Conclusion Chapitre 3

Ce dernier chapitre nous a permis de scruter les voies émergentes et alternatives susceptibles d'offrir des réparations aux victimes de violations des droits humains par les entreprises. Une étude de quelques affaires portées devant les tribunaux des Pays-Bas, du Canada et de l'Angleterre a permis de mettre en évidence les arguments juridiques utilisés par les victimes et leurs représentants pour dessiner les ébauches d'un droit à réparation devant les juges étrangers. Il a aussi été démontré que la responsabilité civile des EMNs pour le manquement à leur obligation de diligence peut dans une certaine mesure être engagée sur le fondement du *duty of care* et du délit de négligence pour permettre aux victimes de mettre en cause et de recevoir des réparations de la maison mère ou de sa filiale dans les cas de violations des droits humains. L'étude confirme que les pays d'origine des EMNs ont un rôle important à jouer dans l'émergence d'une responsabilité directe à l'étranger contre les EMNs et celle d'une réparation effective pour les victimes. Les obstacles qui se rattachent à la mise en cause de la responsabilité civile restent réels, mais surmontables, si les droits nationaux comblent certaines de leurs lacunes. Les victimes et leurs représentants sans relâche à la recherche de satisfaction n'ont pas hésité dans certaines affaires aux États-Unis à recourir à des principes en droit de la concurrence, ou en matière de responsabilité civile, afin de mettre œuvre leur droit à réparation. Malgré les échecs rencontrés par ces recours intentés par les victimes, les réparations extrajudiciaires qui ont

résultat des recours ont démontré que la pression de la publicité des recours judiciaires peut contraindre les entreprises à prendre des mesures de réparation par la négociation.

Finalement, l'étude du cas pratique de la tragédie au Bangladesh a permis de matérialiser la mise en œuvre approximative d'un droit à réparation dans le secteur textile. La signature de l'Accord contraignant entre les entreprises, les syndicats nationaux et internationaux, conforte l'idée selon laquelle les entreprises doivent désormais se conformer à des exigences de vigilance et transparence à travers l'ensemble de la chaîne de production lorsqu'elles transfèrent la production vers des pays moins avancés⁶⁴⁹. Elle permet dans une certaine mesure de réduire les antagonismes résultant de l'interaction entre l'économie et les droits humains. Cependant, la tragédie bangladaise n'étant que la face visible d'un problème profond et commun à plusieurs pays, l'Accord signé pour répondre à la catastrophe mériterait à notre avis d'être étendu aux autres pays destinataires par excellence de la sous-traitance, notamment la Chine⁶⁵⁰, le Cambodge⁶⁵¹ et l'Inde⁶⁵². Il n'est pas également superfluous d'envisager que ce genre d'Accord puisse même s'étaler dans d'autres domaines à l'instar de l'environnement, la santé ou l'investissement afin de prévenir et de mieux répondre aux violations des droits humains.

La mise sur pied du Fonds spécial d'indemnisation nous a finalement offert de constater que des mesures pratiques ont permis de répondre dans une certaine mesure aux besoins prioritaires des victimes. S'il est vrai que des défis se posent sur le plan du financement, il faut espérer que la société civile ne relâchera pas la pression qui pourra contraindre toutes les entreprises impliquées dans le secteur du textile à agir concrètement. Réalisé dans l'urgence sous la pression médiatique, l'encadrement du secteur textile au Bangladesh

⁶⁴⁹ FIDH, « Un an après la catastrophe du Rana Plaza : des progrès lents et des compensations insuffisantes », (août 2014) en ligne : <<http://www.fidh.org/fr/mondialisation-droits-humains/15178-un-an-apres-la-catastrophe-du-rana-plaza-des-progres-lents-et-des#nh33>> (Site consulté le 14 juin 2014).

⁶⁵⁰ FIDH, « Les travailleurs chinois à la conquête de leurs droits : Quel rôle pour les marques ? », IDH-CLB (mai 2013), en ligne : <<http://fidh.org/IMG/pdf/rapportchineseWorkers-fr-hd3.pdf>> (Site consulté le 14 juin 2014).

⁶⁵¹ Voir le rapport détaillé de la FIDH sur les grèves des travailleurs du textile violemment réprimées au Cambodge, Communication de la FIDH et ses organisations membres ADHOC et LICADHO au Groupe de travail des Nations unies sur les entreprises et les droits humains (UNWG) du 10 mars 2014, en ligne : <<http://www.fidh.org/fr/mondialisation-droits-humains/14915-violations-des-droits-humains-dans-le-secteur-de-l-habillement-au-cambodge>> (Site consulté le 14 juin 2014).

⁶⁵² M.-A. Moreau présente bien la problématique liée aux *Sumangali*, un programme d'emploi assimilable au travail forcé en Inde, préc., note 593, p.415-418.

demeure sans doute perfectible, mais il faut d'ores et déjà encourager l'initiative et continuer de suivre le processus pour pouvoir en évaluer la réelle portée.

CONCLUSION GÉNÉRALE

«Without an effective and reliable remedy for human rights abuses by corporations, the first two pillars – respect and protect – will not be fully realized »⁶⁵³

L'objectif principal de ce mémoire était d'analyser la mise en œuvre du droit à réparation, dans un contexte où la responsabilité des EMNs ne bénéficie pas d'un encadrement juridique contraignant sur le plan international. Les nombreuses violations causées directement par les activités des EMNs ou par leur complicité ont poussé les victimes à explorer les possibilités juridiques envisageables pour mettre en œuvre leur droit à réparation. Nous avons de prime abord présenté la controverse liée au statut des EMNs en droit international, qui ne leur reconnaît pas de personnalité juridique internationale. Cette négation ébranle par conséquent la solidité des bases pour le droit à réparation, dans la mesure où, au niveau international, les individus ne peuvent pas ester devant les juridictions internationales contre les EMNs qui restent appréhendées comme des acteurs privés.

En revisitant dans une première articulation les fondements du droit à réparation en droit international, nous avons pu constater que ceux-ci sont étroits et principalement établis dans le cadre des relations entre les États. Au niveau international ce droit est essentiellement mis en œuvre à travers les mécanismes de la responsabilité internationale et de la protection diplomatique dans le contentieux interétatique. Ces mécanismes uniquement destinés aux États ne permettent quasiment pas aux victimes de les utiliser

⁶⁵³ Laurel G. BELLOWS, Colloque du Conseil national des Barreaux (CNB) et de l'American Bar Association (ABA), *La responsabilité internationale des entreprises en zone de conflit*, à Paris (Ministère des Affaires étrangères), mars 2013, en ligne : [http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195735791391/\[CNB\]_Colloque_CNBA_Responsabilite_internationale_des_entreprises_en_zones_de_conflit_21_mars_2013_\[actes\].pdf](http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195735791391/[CNB]_Colloque_CNBA_Responsabilite_internationale_des_entreprises_en_zones_de_conflit_21_mars_2013_[actes].pdf) (Site consulté le 10 juillet 2014) p. 10.

dans les recours contre les acteurs privés comme les entreprises. En examinant ensuite les conséquences normatives des évolutions contemporaines du droit international, il a été établi que l'individu a acquis une place prépondérante sur la scène internationale. Ce dernier dispose ainsi d'un levier revendicatif qui lui permet de pouvoir ester en justice contre les États pour la mise en œuvre de son droit à réparation. À cet égard, nous avons présenté les instruments universels et régionaux qui définissent sans ambiguïté le droit à réparation pour les victimes, qui dépend fortement du droit au recours. Cet encadrement étant toujours circonscrit aux relations entre les individus et les États, nous sommes alors allés à la recherche des fondements d'un droit à réparation pour les victimes à l'encontre des EMNs. À cette fin, les *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* établis en 2011 sur le cadre de référence « Protéger, Respecter, Réparer », nous ont servis de fil conducteur pour analyser l'aménagement du cadre pour la prise en compte des droits humains par les acteurs économiques que sont les entreprises. Une interprétation téléologique et extensive de ces Principes a permis de dégager la corrélation qui existe entre la responsabilité pour les EMNs de respecter les droits humains et l'obligation de remédier aux violations des droits humains qu'elles causent directement ou par leurs relations contractuelles. Néanmoins nous avons constaté que l'étendue des *Principes directeurs de l'ONU* est *a priori* limitée, puisqu'ils constituent du droit mou. Il a donc fallu se tourner vers le droit dur pour voir dans quelle mesure il était possible de combiner les obligations des entreprises contenues dans des instruments de *soft law* et le droit à réparation des victimes prévu dans la *hard law*. Les principes directeurs prévoyant d'ailleurs la nécessité pour les EMNs de coopérer avec les États pour offrir le cadre adéquat pour la réparation des victimes, nous avons analysé de quelle façon est mis en œuvre en droit interne le droit à réparation des victimes dans les recours intentés contre les EMNs devant les tribunaux étrangers.

La seconde articulation de notre recherche nous a ainsi plongé dans l'environnement judiciaire américain. L'étude de la loi bicentenaire qu'est le *Alien Tort Claim Act* a occupé une majeure partie de notre étude et elle nous a permis de présenter dans quelle mesure son « recyclage » en a fait un instrument de protection des droits humains. Principalement destinée à réprimer les violations au droit des nations ou des traités auxquels sont parties les États-Unis, la loi aux origines controversées a suscité un grand engouement à travers le

monde. Les années 90 ont en effet permis à des victimes de violations des droits humains d'intenter les premiers recours contre celles-ci. Cette ouverture du for américain nous a conduit à dresser un parallèle avec la compétence civile universelle, qui permet au juge de trancher des affaires comportant de nombreux éléments d'extranéité. Cependant, en analysant minutieusement la jurisprudence américaine de ces dernières années, le constat qui s'est clairement dégagé est qu'au fil du temps, les recours se sont heurtés à des juges américains de plus en plus réticents à ouvrir les tribunaux nationaux pour trancher des affaires impliquant les EMNs pour des violations des droits humains commis à l'étranger. Nous avons relevé ces obstacles, que ce soit la limitation apportée à l'interprétation du droit des nations, ou encore à la détermination de la notion de complicité dans les affaires de violations des droits humains par les EMNs. Nous avons ensuite consacré une part essentielle à l'étude de la décision *Kiobel* rendue en 2013, dans laquelle les juges de la Cour suprême ont fait œuvre de clarification quant au champ d'application de la loi. Cette décision est d'une importance fondamentale puisqu'elle nous a situés sur la portée contemporaine de la loi américaine, qui n'a désormais plus de vocation à s'appliquer pour des faits survenus hors du territoire américain au regard de la présomption contre l'extraterritorialité. Il apparaît de toute évidence que la présomption contre l'extraterritorialité réduit considérablement les chances pour les victimes d'obtenir des réparations. De nombreuses questions subsistent toutefois, notamment celle de savoir quelles sont les conditions suffisantes exigées pour permettre que les recours touchent aux intérêts des États-Unis tel qu'énoncé par la décision. La question de la reconnaissance de la responsabilité des EMNs par la coutume et le droit international pour les violations des droits humains, reste également sans réponse claire de la part des tribunaux. Cependant, il n'y a pas de doute sur le fait que la tendance des juges ne consiste pas à rechercher à protéger les victimes et leurs droits fondamentaux, mais plutôt de protéger la souveraineté nationale des États-Unis et les intérêts des entreprises nationales qui pourraient être soumises à des exigences parallèles devant des tribunaux étrangers. Le verrouillage de l'accès aux tribunaux américains pour les recours contre les entreprises étrangères réduit considérablement les possibilités de mise en œuvre du droit à réparation devant les juridictions étrangères.

Dans le dernier chapitre de cette recherche, nous avons analysé les solutions émergentes et les possibilités juridictionnelles ouvertes aux victimes afin d'obtenir des réparations lorsqu'elles intentent des recours dans les pays d'origine des EMNs qui portent atteinte aux droits humains. Le constat majeur qui se dégage est que les juridictions des pays d'origine des EMNs sont relativement réceptives aux recours intentés par les victimes étrangères. L'affaire de Shell aux Pays-Bas nous a permis de présenter dans quelle mesure l'idée de la responsabilité délictuelle pour manquement à l'obligation de diligence peut offrir des bases pour contraindre les filiales et les maisons mères à réparer les violations des droits humains. Au Canada, l'espoir est également permis pour les victimes, dans la mesure où dans une décision d'envergure, un tribunal a accepté de tenir un procès en responsabilité civile dans un recours intenté par les victimes contre la minière canadienne Hudbay. L'idée de poursuivre les EMNs dans leurs pays d'origine pour le manquement à leur obligation de diligence ne fait pas disparaître toutefois les nombreux obstacles qui se dressent dans les recours juridictionnels, entre autres, le soulèvement du voile corporatif séparant la maison mère et ses filiales, ou la recherche des preuves juridiques. Il est donc nécessaire pour les victimes et leurs représentants de rechercher d'autres pistes juridictionnelles susceptibles de permettre l'exercice du droit à réparation. En ce sens, nous avons examiné les recours intentés contre des entreprises américaines, en mettant en évidence les arguments juridiques utilisés dans les cas particuliers des litiges impliquant les activités des sous-traitants afin de permettre aux victimes de saisir les opportunités pour mettre en œuvre la réparation. Il est apparu que si ces recours n'ont pas abouti à des condamnations des EMNs, les arrangements et les négociations en marge des procès contribuent dans une certaine mesure à l'élaboration d'un droit à réparation. Il est nécessaire de souligner le rôle actif joué par les praticiens du droit, la société civile et l'opinion publique, qui démocratisent dans une certaine mesure la sphère judiciaire par la participation au débat public sur la responsabilité des EMNs, et dont les effets sont non négligeables sur la construction d'un droit à réparation. Dès lors, il faut admettre que le droit à réparation est une construction jurisprudentielle dynamique, à géométrie variable et protéiforme, qui est affectée par une certaine incertitude puisque les recours qui ont connu du succès semblent être marginaux et relever davantage « du cas par cas » que de la généralité.

Dans une dernière articulation, nous avons estimé nécessaire de rejeter les restrictions de la conception exclusivement étatique des droits humains, qui voudrait qu'il n'y ait que les États qui soient acteurs de la mise en œuvre du droit à réparer, pour examiner dans quelle mesure les EMNs peuvent jouer un rôle dans la mise en œuvre du droit à réparation. Dans cette optique, la recherche nous a offert l'opportunité d'élargir notre cadre d'analyse en examinant la réponse des EMNs à la tragédie survenue au Bangladesh avec l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza. Une mise en évidence du rôle de *facto* joué par les EMNs a permis d'analyser l'Accord portant sur les mesures de sécurité ayant trait aux incendies et aux bâtiments au Bangladesh et d'évaluer la portée du Fonds d'indemnisation mis sur pied pour les victimes bangladaises dans le secteur du textile. Il apparaît que ce genre d'initiative reposant sur un encadrement mixte notamment par des mécanismes hybrides de régulation privée et par la contrainte peut s'avérer prometteur pour la protection des droits humains. Toutefois, on ne peut pas taire les doutes soulevés par cette voie si on s'en tient aux conséquences qui peuvent découler de l'absence de coordination globale entre toutes les entreprises présentes au Bangladesh. En effet, la mise sur pied d'un Accord contraignant et la signature parallèle d'une Alliance non contraignante entre les entreprises nord-américaines augurent déjà la possibilité qu'il y ait une concurrence déloyale dans les prochaines années. Cet état de fait peut déboucher sur le départ des investisseurs, fragiliser le secteur textile, et accroître ainsi la précarité des droits fondamentaux des travailleurs bangladais⁶⁵⁴. Il serait peut-être intéressant d'envisager dans une étude plus approfondie dans quelle mesure la privatisation du droit du travail peut contribuer à la protection des droits humains tout en garantissant l'investissement direct.

Cependant, si on se limite à la vaste fresque qui a été dépeinte jusqu'à ce stade, le portrait global semble désenchanté. Il apparaît en effet difficile de conclure sur une perspective optimiste, dans la mesure où les victimes semblent effectivement destinées à errer dans l'incertitude face à la myriade des limites qui ont été relevées tout long de ce travail. L'absence d'un cadre contraignant établissant les droits et les devoirs des EMNs au plan international et la faiblesse des droits nationaux régissant les relations entre les EMNs et

⁶⁵⁴ Rappelons que les EMNs ne sont tenues de continuer les affaires au Bangladesh dans les deux prochaines années qu'à condition « que les affaires soient commercialement viables pour chaque entreprise », *Accord*, article 23.

les individus ne constituent pas une base adéquate pour permettre aux victimes des violations des droits humains d'exercer leur droit à réparation contre les EMNs. Cet état de fait laisse alors penser que les droits humains et le droit à réparation restent les parents pauvres de la globalisation économique et que la faiblesse du droit à réparer provient en grande partie du manque de volonté des États. Pour autant, la question du rôle majeur des États ne doit être ni surestimée, ou sous-estimée, et il faut compter sur la volonté des victimes et l'engagement de leurs représentants pour continuer à multiplier les occasions pour obtenir des réparations. Dans un contexte où l'idée d'une responsabilité juridique des EMNs est affranchie de toute pudeur et débarrassée de tout tabou, il faut croire que malgré les barrières juridictionnelles et territoriales, les victimes, conscientes de leurs droits, sont davantage déterminées à porter leurs causes devant les tribunaux. Une plainte a par exemple été déposée tout récemment par un collectif de près de 700 anciens employés français de l'entreprise de pneumatiques américaine Goodyear Tires & Rubber⁶⁵⁵, qui ont intenté un recours collectif aux États-Unis contre la maison mère, pour avoir été exposés sans protection et de façon quotidienne à des produits toxiques pendant de longues années. Le procès de Shell, qui se tiendra en Angleterre en 2015 si les victimes n'acceptent pas de négocier, peut aussi être une précieuse source d'enseignement dans le futur. Dans la même lancée au niveau interne, il n'est pas aussi exclu que des évolutions permettent aux victimes de trouver des réparations dans leurs propres pays, pour éviter les complexités des procédures transnationales. La toute récente décision de la Cour supérieure du Québec d'autoriser une poursuite contre la minière Iron Ore of Canada accusée d'avoir violé de nombreux droits des peuples autochtones est source d'espoir⁶⁵⁶.

⁶⁵⁵ Les employés français travaillaient dans l'usine d'Amiens-Nord (Somme). Le recours a été déposé à Akron, dans l'Ohio, ville où se trouve le siège de l'entreprise en 2014. Il faut préciser qu'un tribunal avait déjà rejeté la plainte intentée en 2013 par le collectif contre la fermeture non consentie de la filiale française, *Wamen v. The Goodyear Tire & Rubber, Co.*, 13-cv-1084, U.S. District Court, Northern District of Ohio, 15/1/2014, en ligne : <<http://dockets.justia.com/docket/ohio/ohndce/5:2013cv01084/200551>> (Site consulté le 20 juin 2014).

⁶⁵⁶ Il faut préciser que la multinationale Rio Tinto anglo-australienne est actionnaire principale de Iron Ore Canada (IOC). Le 19 septembre 2014, la Cour supérieure a rejeté la requête en irrecevabilité introduite par IOC pour éviter les poursuites à hauteur de 900 000 000,00 \$ intentés par les Innus à titre de dommages-intérêts à la suite de violation et spoliation alléguées d'un titre indien, de droits ancestraux et des droits issus de traités, voir *Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada)*, [2014] QCCS 4403, en ligne : <<http://citoyens.souqij.qc.ca/php/decision.php?ID=3C4AE19CD1211524B478D47109052FC3>>, (Site consulté le 22 septembre 2014).

Si l'on souscrit à l'idée selon laquelle l'arène du droit à réparation est un chantier en pleine évolution, il est impossible d'avancer des conclusions définitives sur l'état du droit à la réparation à l'égard des victimes par les EMNs. L'audace des juges combinée à une volonté politique des États peut certainement contribuer à améliorer les possibilités de mise en œuvre du droit à réparation au niveau national. Pour ce faire, il reste indispensable de développer la coopération au niveau des juridictions internes afin d'aménager des commodités pour intenter des recours à l'étranger par les victimes. Il est aussi capital que les États consentent à renoncer à une parcelle de leur souveraineté pour prendre les mesures nécessaires à la reconnaissance et à l'exécution des décisions lorsque les affaires sont portées à l'étranger contre leurs entreprises⁶⁵⁷.

Si on peut reprocher à ces souhaits de se rapprocher davantage des vœux pieux que de la réalité, il nous reste alors la possibilité de se projeter au plan international en réaffirmant la pertinence d'un instrument international juridiquement contraignant pour consacrer la protection des victimes comme meilleure réponse au droit à réparation. Cette thèse n'est pas à écarter, en ce moment où le débat est relancé sur la scène internationale concernant la responsabilité des EMNs pour les violations des droits humains. Le 26 juin 2014, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a d'ailleurs adopté deux résolutions proposées pour l'établissement d'un cadre contraignant pour les entreprises multinationales et les droits humains. La première résolution a été soumise par l'Équateur, l'Afrique du Sud, la Bolivie et le Venezuela⁶⁵⁸. Elle établit un groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée d'experts indépendants, avec le mandat d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant pour régler, dans le cadre du droit international, les activités des EMNs et autres entreprises ayant un caractère

⁶⁵⁷ Voir l'affaire Chevron précédemment citée, note 458, p.104

⁶⁵⁸ Résolution adoptée par 20 voix pour dont l'Algérie, le Bénin, le Burkina Faso, la Chine, le Congo, la Côte d'Ivoire, Cuba, l'Éthiopie, l'Inde, l'Indonésie, le Kazakhstan, le Kenya, le Maroc, la Namibie, le Pakistan, les Philippines, la Russie, l'Afrique du Sud, Venezuela et le Vietnam, 14 pays contre dont les États-Unis, le Japon et les représentants de l'UE et 13 abstentions.

transnational⁶⁵⁹. La seconde résolution adoptée a quant à elle été soumise par la Norvège⁶⁶⁰. Elle suggère que le Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises⁶⁶¹ prépare le lancement d'un processus consultatif en 2015 sur les avantages et les limites d'un instrument juridiquement contraignant. À cet égard, il est également intéressant de noter que le Conseil des droits de l'homme a décidé de proroger le mandat du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme pour une durée de trois ans, en priant celui-ci de procéder au lancement en 2015 d'un processus de consultation inclusif et transparent avec les États, « afin d'envisager et de faciliter la mise en commun des mesures juridiques et pratiques visant à améliorer l'accès aux recours, judiciaires et non judiciaires, pour les victimes de violations liées aux entreprises, notamment les avantages et les limites d'un instrument juridiquement contraignant »⁶⁶². Il faudra donc attendre quelques années avant d'évaluer de façon conclusive la mise en œuvre du droit à réparation par les entreprises et par les États à l'égard des victimes de violations des droits humains.

⁶⁵⁹ Le groupe de travail tiendra sa première session, d'une durée de cinq jours ouvrables, en 2015, avant la trentième session du Conseil des droits de l'homme. Pour le projet, voir CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Doc.N.U. A/HRC/26/L.22/Rev.1, 26^{ème} sess., (25 juin 2014), en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/49/PDF/G1406449.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 26 juin 2014).

⁶⁶⁰ La résolution encourage les États à établir des plans d'action nationaux pour la mise en œuvre des *Principes directeurs de l'ONU* établis en 2011. Vingt-deux (22) pays ont signé le projet notamment Andorre, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, la Bulgarie, la Colombie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Fédération de Russie, la France, la Géorgie, Ghana, la Grèce, le Guatemala, l'Inde, l'Islande, le Liban, le Liechtenstein, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Serbie, la Turquie. CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U A/HRC/26/L.1, 26^{ème} sess., (23 juin 2014), en ligne : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/062/41/PDF/G1406241.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 26 juin 2014).

⁶⁶¹ *Id.*, Le groupe a été créé en 2011 avec pour mandat d'assurer la promotion et la diffusion du cadre de référence « Protéger, Respecter, Réparer », il est également chargé de soutenir les États ou tout autre organe de la société civile afin qu'ils puissent intégrer les Principes directeurs dans leurs politiques respectives. Il est composé de cinq experts indépendants nommés sur une période de trois ans.

⁶⁶² *Id.*. Un rapport doit être ensuite établi sur la question et présenté à la session de juin 2016 du Conseil des droits de l'homme.

BIBLIOGRAPHIE

1. Législation, Traités, Conventions et Déclarations

Alien Tort Statute (ATS), 28 U.S.C. § 1350, 1789

Accord on Fire and Building Safety In Bangladesh, en ligne : <<http://www.bangladeshaccord.org/>> (Site consulté le 10 juin 2014)

Alliance for Bangladesh Worker Safety, en ligne : <<http://www.bangladeshworkersafety.org/about/about-the-alliance>>

California Business & Professional Code Ann, § 17200, 17204, 17500, 17535 (West 1997).

Convention concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail, 11 août 1983, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300> (Site consulté le 11 juin 2014)

Convention concernant les prestations en cas d'accidents du travail et de maladies professionnelles, 28 juillet 1967, en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C121> (Site consulté le 18 juin 2014)

Charte des Nations Unies, C.N.V.O.I., vol. 15

Convention américaine relative aux droits de l'homme, San José, 22 novembre 1969, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950, S.T.E. 005

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, 18 mars 1965, 575 R.T.N.U. 169 (entrée en vigueur le 14 octobre 1966).

Convention (n° 42) (révisée) concernant la réparation des maladies professionnelles (révisée en 1934) en ligne : <http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312187> (Site consulté le 10 janvier 2014)

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. 217 A (III), Doc. off. A.G.N.U., 3^{ème} sess., suppl. n°13, Doc. N.U. A/810

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, Rés. AG 47/133, Doc. Off. , AGNU, 1992, supp. nO 49, Doc. NU N47/49, article 19 «

Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, Rés. AG 40/34, Doc. Off. AG NU, 1985, supp. No 53, Doc. NU N40/53

Fair Labour Standard act, 29 U.S.C, 1938

Federal Judiciary Act, 1 Stat. 73, 77 (1789)

Loi applicable aux obligations non contractuelles en matières civiles et commerciales, Parlement et Conseil européen, CE N° 864/2007, 11 juillet 2007, J.O (L 199) 40 (Rome II).

Loi sur les oléoducs nigériane 1956, *Nigerian Legislation*, Oil Pipelines Act (OPA), Chapter 338, en ligne : <http://www.commonlii.org/ng/legis/num_act/opa150/> (consulté le 4 avril 2014)

Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, en ligne : <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf>

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), résolution 2200 (XXI) de l'Assemblée générale (AG) du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976

Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international, Rés. AG 60/147, Doc. Off. AGNU, 60e sess., supp. na 49, Doc. N.U. A/RES/60/147 (2005)

Règlement concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Règlement (CE) N°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000(2001), J.O (L 12) 1, (Bruxelles I)

2. Jurisprudence

2.1. Canada

Anns v. Merton London Borough Council, [1978] A.C. 728

Bil'In (Village Council) c. Green Park International, [2009] QCCS 4151

Caal v HudBay Minerals Inc. and HMI Nickel Inc, CV-11-423077, ONSC, 28 Mars 2011

Choc v. Hudbay Minerals Inc, [2013] O.J. No. 3375

Choc v HudBay Minerals Inc., HMI Nickel Inc. and Compania Guatemalteca de Niquel S.A., CV-10-411159, ONSC, 24 septembre 2010

German Chub Choc v. Hudbay Minerals Inc, CV-11-435841, ONSC, 26 septembre 201

Guerrero and others v. Monterrico Metals PLC. [2009] EWHC 2475 (Q.B.)

Kamloops (City of) v. Nielson, [1984] 2 S.C.R. 2

Recherches Internationales Québec c. Cambior inc, J.E. 98-1905, [1998] Q.J. 2544 (C.S.),

Salomon v. Salomon & Co., [1897] A.C. 22 (H.L.)

Uashaunnuat (Innus de Uashat et de Mani-Utenam) c. Compagnie minière IOC inc. (Iron Ore Company of Canada), [2014] QCCS 4403

2.2 États-Unis d'Amérique

Abdullahi v. Pfizer, Inc., 562 F.3d 163 (2d Cir. 2009)

Aguinda v. Texaco, Inc. (Aguinda III), 303 F.3d 470, 480 (2d Cir. 2002)

Affaire du Lotus (série A) n° 9, 7 septembre 1927

Affaire Nottebohm, (Liechtenstein c. Guatemala), Série A n° 2, 12; 5 avril 1955

Balintulo v. Daimler AG, 727 F.3d 174 (2d Cir. 2013)

Bolchos v. Darrel, 3 Fed. Cas. 810 (D.S.C 1795)

Bowoto v. Chevron Corp., 621 F.3d (9th Cir. 2010)

Chevron v. Bonifaz, No. 09-05371 CW, 2010 WL 1948681, 1 (N.D.Cal. May 12, 2010)

Chevron v. Donziger, No. 11 Civ. 0691 (LAK), 2013 WL 5575833, 1 (S.D.N.Y. Oct. 10, 2013)

Chowdhury, v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd., Amjad Hossain Khan, No. 09-4483-CV (E.D.N.Y 2014)

Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd., 588 F. Supp. 2d 375 (E.D.N.Y 2008)

Chowdhury v. WorldTel Bangladesh Holding, Ltd., No. 08-CV-1659 (E.D. N.Y. 2009)

Chowdhury v. Worldtel Bangladesh Holding, Ltd., No. 09-4483-cv, 2014 WL 503037, (2dCir. Feb. 10, 2014)

Cuba R.R. Co. v. Crosby, 222 U.S. (1912)

Doe v. Exxon Mobil Corp., 654 F.3d 11 (D.C. Cir. 2011)

Doe I v. Nestle, 748 F. Supp. 2d (C.D. Cal. 2010)

Doe I v. The Gap, Inc., No. CV-01-0031, 2001 WL 1842389, (D. N.Mar. I. Nov. 26, 2001)

Does I v. The Gap, Inc., No. CV-01-0031, 2002 WL 1000068, (D. N. Mar. I. May 10, 2002)

Does I v. Gap, Inc., No. CV-01-0031, 2003 WL 22997250, 1 (D.N. Mar. I. Sept. 11, 2003)

Doe v. Wal-Mart Stores, Inc, No. CV 05-7307 (C.D. Cal. Dec. 11, 2006)

Jane Doe I, et al. v. Wal-Mart Stores, Inc., 572 F.3d (9th Cir. Jul. 10, 2009)

F. E. Marcos, 978 F. 2d (9th circuit 1992)

Flomo v. Firestone Natural Rubber Company, 643 F.3d (7th Cir. 2011)

Friedman v. Union Bank of Switzerland, n° 96-5161, Eastern District of New York , Complaint (21 octobre 1996)

Giraldo v. Drummond Co., No. 09-cv-1041, 2013 WL 3873960, *8 (N.D. Ala. July 25, 2013)

In re South African Apartheid Litig., No. 02 MDL 1499, 2013 WL 6813877, (26 décembre 2013)

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

Khulumani v. Barclay Nat'l Bank Ltd., 504 F.3d 254, 283–84 (2d Cir.2007)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 621 F.3d 111, 148-49 (2d Cir. 2010)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 642 F.3d 268 (2d Cir. 2011), *cert. granted*, 132 S. Ct. 472 (2011)

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., 132 S. Ct. 1738

Lafontant v. Aristide, 844 Fed. Supp. 128 (Eastern dist. N. Y. 1994)

Licea v Curaçao Drydock Co 584 F. Supp . 2d 1355 (S.D.Fla. 2008)

Microsoft Corp. c/ AT&T Corp., (550 US 437, 454 (2007)

Nike v Kasky, 27 Cal. 4th, (2002) 939, 45 P. 3d 243

Nike v Kasky 539 U.S. 654 (2003)

Presbyterian Church of Sudan v. Talisman, 582 F.3d 244, 258–59 (2d Cir.2009)

Respublica v. DeLongchamps, 1 U.S. (1 Dali.) 111, 1 L. Ed. 59 (1784

Rio Tinto PLC v. Sarei, vacated on other grounds, 133 S. Ct. 1995 (2013) 11-649 (U.S. Apr. 22, 2013)

Romero v. Drummond Co., 552 F.3d 1303, 1315 (11th Cir. 2008)

Sarei v. Rio Tinto, PLC, 671 F.3d 736 (9th Cir. 2011)

Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., 256 F. Supp. 2d 1345, 1348 (S.D. Fla. 2003)

Sinaltrainal v. Coca-Cola Co., No. 06-15851, 2009 WL 2431463 (11th Cir. Aug. 11, 2009)

Sosa v. Alvarez-Machain, 542 U.S. (2004)

Tachiona v. United States, 386 F.3d 205 (2004)

Usine de Chorwoz (série A) no 9, 26 juillet 1927

United States v. Smith, 18 U.S. (5 Wheat.) 153, 5 L. Ed. 57 (1820),

Wang Xiaoning v. Yahoo !, Inc., No. C07-02151 (N.D. Cal. Nov. 13, 2007)

Yaiguaje v. Chevron Corp, (2013 ONCA 758)

Yaiguaje v. Chevron Corp, (2014 ONCA 40)

2.3 Pays-Bas

Akpan v. Royal Dutch Shell PLC, LJN: BY9854 Rechtbank's-Grave, C/09/337050/HA ZA 09-1580 (2013)

Dooh & Milieudefensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd, LJN : BY9845, Rechtbank's-Grave, C/09/337058 / HA ZA 09-1581 (2013)

El-Hojouj v. Unnamed Libyan Officials, Arrondissementsrechtbank Den Haag, Case No. 400882/HA ZA 11-2252 (ECLI:NL:RBSGR:2012:BV9748), 21 Mars 2012

Oguru & Milieudefensie v. Royal Dutch Shell & Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd, LJN : BY9850, Rechtbank's-Grave, C/09/330891 / HA ZA 09-0579 (2013),

2.4 Angleterre

Adams c. Cape, Court of Appeal, [1990] Ch 433

Caparo Industries Plc. v. Dickman, 2 AC 605 (1990)

Chandler v Cap [2011] EWHC 951 (QB) (2012)

Connelly v. RTZ, [1999] AC 854

Donoghue v Stevenson, AC 562 (1932)

Lubbe v. Cape P.L.C., [2000] 4 All ER 268 (HL), 2000

Sithole v. Thor Chemical, EWCA Civ.706

Smith v Littlewoods Organisation Ltd AC 241, (1987)

2.4 Nigéria

Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, Communication 155/96, 30e Session Ordinaire, Banjul, Gambie, 13 octobre 2001

Gbemre v Shell Petroleum Development Company SPDC and Others, Supreme Court of Nigeria, AHRLR 151 (NgHC 2005)

SPDC v Chief Graham Otoko and 5, 6 NWLR (Part 159) 693 (1990)

Mogaji Ors.Export Ltd v Cadbury Fry, (1972) LPELR-SC.284/1969

2.5 Juridictions Internationales

Affaire des Biens britanniques au Maroc espagnol, 1^{er} mai 1925, Recueil des Sentences Arbitrales, vol.2

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif du 9 juillet 2004, Recueil 2004.

Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, Recueil 1980

Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, Avis consultatif du 11 avril 1949, Rec. 1949

Procureur c. Furundzija, (Chambre de première instance), T-95-17/1-T, 10 décembre 1998,

Procureur c. Musema, (Chambre de première instance), ICTR-96-13-A, 27 janvier 2000

3. Doctrine

3.1 Monographies et ouvrages collectifs

AUBY, J., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003

ARNAUD A. J., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J, 2^e édition, 1993, Paris

BELLAL, A., *Immunités et violations graves des droits humains*, Bruxelles, Bruylant, 2011

BLECHER L., STAFFORD N., BELLAMY G. C., *Corporate Responsibility For Human Rights Impacts : New Expectations and Paradigms*, American Bar Association, 2014

CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2003

COMBACAU, J., SÜR, S., *Droit International Public*, Paris, 3^e Éd, Montchrestien

DAUGAREILH, I., *Responsabilité sociale de l'entreprise transnationale et globalisation de l'économie*, Bruxelles, Bruylant, 2010

DELMAS-MARTY M., *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Montréal Thémis, 2003

DUPUY, P-M, *Le fait générateur de la responsabilité internationale des États*, Recueil des cours, Martinus Nijhoff Publishers, 1984. 188 (1984-V)

FLAUSS, J.-F., *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des victimes*, Institut International des droits de l'homme, Bruxelles, Bruylant, 2009

HENNER, P., *Human Rights and the Alien Tort Statute*, Chicago, American Bar Association, 2009

JÄGER, N., *Corporate Human Rights Obligations: in search of Accountability*, Intersentia, Anvers, 2002

JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, LGDJ, 1987

JOSEPH, S., *Corporations and transnational human rights litigation*, 4, coll. «Human rights law in perspective », Oxford Hart Publishing, 2004

MERCIARI, P., *Les Entreprises Multinationales en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.200

MOREAU, M.-A., WATT, M. H., et RODIÈRE P., (dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail*, Paris, Dalloz, 2010

RUGGIE, J. G., *Just business*, Londres, W.W. Norton & Company, 2013

SALAH, M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002

SALAH, M., *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?* LGDJ, 2012

SALMON, J., *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001

SHELTON, D., *Remedies in international Human Rights Law*, New York, Oxford University Press, 1999

SURYA, D., *Regulating Corporate Human Rights Violations: Humanizing Business*, coll. «Routledge Research in Human Rights Law», London, New York, Routledge, 2012

WALTER, L. et BARRY, R., *Anthologie des droits de l'homme*, Nouveaux horizons, 1989

3.2 Articles de revue et études d'ouvrage collectif

ABI-SAAB, G., « The International Law of Multinationals Corporations: A critique of American Legal Doctrines », (1971) 2, *Annales d'Études Internationales* 97

ABI-SAAB, G., « Éloge du « droit assourdi », dans *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993

BERHMAN, J., «The Alien Tort Statute and *Flomo v. Firestone Natural Rubber Company*: The Key to Change in Global Child Labor Practices?» (2011) 18 *Indiana University Maurer School of Law* 455

BONNEAU, K., « Le droit à réparation des victimes de violations des droits de l'homme : le rôle pionnier de la cour interaméricaine des droits de l'homme », (2007) 8 *Revue Droits Fondamentaux* 1

BRIDGEMAN, N. L., « Human Rights Litigation Under the ATCA as a Proxy For Environmental Claims» (2003) 6 *Yale Hum. Rts. & Dev. L.J.* 1

D'ARGENT, P., « Le droit de la responsabilité internationale complété ? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire » (2005) 51 *Annuaire français de droit international* 27

DECAUX, E., « La responsabilité de sociétés transnationales en matière de droits de l'homme » (2005) *Revue de sciences criminelles* 789

DE SCHUTTER, O., « Les affaires Total et Unocal : complicité et extraterritorialité dans l'imposition aux entreprises d'obligations en matière de droits de l'homme » (2006) 52 *Annuaire français de droit international* 55

DODGE, W. S., « The Historical Origins of the Alien Tort Statute: A Response to the “Originalists” » (1996) 19 *Hastings Int'l. & Comp. L. Rev.* 221

DOMINICIE, C., « L'accord de siège conclu par le comité international de la Croix-Rouge avec la Suisse », (1995) 99 *Revue Générale de Droit International Public* 5

DROUIN, R.-C., « Les accords-cadres internationaux : enjeux et portée d'une régulation collective transnationale » (2006) 47 *Les cahiers de Droit* 703

DUMBERRY, P., « L'entreprise sujet de droit international? Retour sur la question à la lumière des développements récents du droit international des investissements », (2004) 1 *Revue Générale de Droit International Public* 105

ENNEKING, L., « Multinationals and Transparency in Foreign Direct Liability Cases. The Prospects for Obtaining Evidence under the Dutch Civil Procedural Regime on the Production of Exhibits » (2013) 3 *Dovenschmidt Quarterly Journal* 134

ENGEL, E., « *Kiobel V. Royal Dutch Petroleum Co.*: Corporate Liability Under The Alien Torts Statute », (2012) 34 *Houston Journal of International Law* 499

FITZMAURICE, G., « The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law », (1957) 92 *RCADI* 1

FLAUSS, J. F., « Réquisitoire contre la mercantilisation excessive du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme. À propos de l'arrêt *Beyeler c/ Italie* du 28 mai 2002 », (2003) 4 *Recueil Dalloz* 227

FRYDMAN B., et L. HENNEBEL, « Le contentieux transnational des droits de l'homme : une analyse stratégique », (2009) 77 *Rev. trim. dr. h.* 73

GASSAMA, C., « Le principe de restitutio in integrum dans le contentieux international des droits de l'homme », (2005) 1 *Miskolc Journal of International Law* 1

HENNEBEL, L., et G. LEWKOWICZ, « La contractualisation des droits de l'homme : de la pratique à la théorie du pluralisme juridique et politique », LEWKOWICZ, G. et XIFARAS, M. (ed.), *Repenser le contrat*, Paris Dalloz, 2009

KESSEDJIAN, C., « Les actions civiles pour violations des droits de l'homme-Aspects de droit international privé », dans *Comité français de droit international privé (éd) : Années 2002-2004*, A. Pedone, Paris, 2005

LAHRA, L., « Introduction : Quelle place pour la responsabilité des entreprises en droit international » (2005) 7 *Int'l L.F. D. Int'l* 235

LEWKOWICZ, G., « Droits de l'homme, droits du citoyen: les présupposés de la jurisprudence américaine et européenne » dans HAARSCHER, J., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G., *Juger les droits de l'homme*, Europe et États-Unis face à face, Bruxelles, Bruylant, 2008

- JÄGERS, N., K. JESSE., et J. VERSCHUUREN, « The Future of Corporate Liability For Extraterritorial Human Rights Abuses: The dutch Case Against Shell » (2014) *The American Journal Of International Law and Ajil Unbound* e-36
- LETNAR, J., « Corporate responsibility for human rights: A critical analysis of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises», (2008) 3 *Hanse Law Review* 71
- LINCOLN, R. S., « To Proceed with Caution: Aiding and Abetting Liability under the Alien Tort Statute », (2010) 28 *Berkeley J. Int'l Law* 612
- MAGAISA, A., « Corporate Groups and Victims of Corporate Torts - Towards a New Architecture of Corporate Law in a Dynamic Marketplace » (2002) 1 *Law, Social Justice & Global Development Journal*, en ligne : <<http://elj.warwick.ac.uk/global/02-1/magaisa.html>> (Site consulté le 10 juin 2014).
- MANIRABONA, A., « La responsabilité civile des entreprises pour complicité aux violations des droits humains à l'étranger : au-delà de l'exception du forum non conveniens en droit québécois » (2013) 3 *Journal européen des droits de l'homme* 436
- MANKIEWICZ, R. H., « La responsabilité du fabricant à l'égard de l'utilisateur ou consommateur de ses produits, d'après le *Common Law* canadien », (1956) 2 *Revue internationale de droit comparé* 241.
- MARZO, C., « Chapitre 2. La responsabilité sociale des entreprises » (2012) 1 *La Revue des droits de l'homme* 409
- MAULÉON, F., « Les obligations réglementaires en matière de communication extra financière des entreprises : la gestion des risques de contentieux par la transparence » (2008) 179-180 *Vie & sciences de l'entreprise* 44
- MCCORQUODALE, R., « Waving not drowning: *Kiobel* outside The United States » (2013) 107 *The American Journal of International Law and Ajil Unbound* 844
- MEERAN, R., « Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States », (2011) 3 *City University of Hong Kong Law Review* 1
- MINH, V. T., « Droits de l'homme et pouvoirs privés : le problème de l'opposabilité » dans CAO-HUY THAN, (coord.), *Multinationales et droits de l'homme*, Amiens, PUF, 1984
- MUCHLINSKI, P., « Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework : Implication for Corporate Law, Governance, and Regulation » (2012) 22 *Business Ethics Quarterly*
- MURRAY, O., D. KINLEY, et C. PITTS, « Exaggerated rumours of the death of an Alien Tort? Corporations, Human Rights and the remarkable case of *Kiobel* » (August 2011), 11/48 *Sydney Law School, Legal Studies Research Paper* 12
- MUSILA G., « The right to an effective remedy under the African Charter on Human and Peoples Rights » (2006) 6 *African Human Rights Law Journal* 441
- NWAPI, C., « Jurisdiction by Necessity and the Regulation of the Transnational Corporate Actor » (2014) 30 *Utrecht Journal of International and European Law* 24

MORRI, J., « Violation des droits de l'homme et compétence universelle, la mariée était trop belle » *Lettre Actualités Droits-Libertés* 27 avril 2013, en ligne : <http://revdh.org/2013/04/27/competence-universelle-mariee-trop-belle/> (dernier accès le 5 avril 2014)

OCHOA, C., « Access to US. Federal Courts as a Forum for human rights disputes: pluralism and the Alien Tort Claims Act », (2005) 12 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 631

PRINCE, D., « Corporate Liability for International Torts: Did the Second Circuit Misinterpret the Alien Tort Statute? », (2012) 8 *Seton Hall Circuit Review* 43

QUEINNEC, Y., « Les Principes Directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, un statut juridique en mutation », Sherpa, juin 2007, en ligne : <<http://ebookbrowse.com/principes-directeurs-de-l-ocde-un-statut-juridique-en-mutation-pdf-d65308954>> (site consulté le 1 janvier 2014)

QUEINNEC, Y. et W. BOURDON, « Entreprises transnationales et droits de l'homme : À la recherche des combinaisons normatives adaptées », (2013) 2 *Journal européen des droits de l'homme* 175, 204

RANDALL, C., « Federal Jurisdiction over International Law Claims » 1985 *NYUJ Int'l L & P* 1

SALMON, J., « Des mains propres comme conditions de recevabilité des réclamations internationales » (1964) 10 *Annuaire français de droit international* 225

SONTAG, K., « La justiciabilité des droits de l'homme à l'égard des sociétés transnationales », dans BOY L., RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles, Larcier, 2009

STEPHENS, B., « Translating Filartiga: A Comparative and International Law Analysis of Domestic Remedies for International Human Rights Violations », (2002) 27 *Yale J. Int'l L.* 1

HOFFMAN, P. et B. STEPHENS, « International human rights cases under state law and in state courts », (2013) 3 *UC Irvine L R* 9

TEITEL, R., « L'« alien tort » et l'état de droit mondial », (2005) 3 *Revue internationale des sciences sociales* 597

THOMPSON, B., The academic reaction to the result in the Kiobel case was resoundingly negative, « Was Kiobel Detrimental to Corporate Social Responsibility? Applying Lessons Learnt From American Exceptionalism », (2014) 30 (78) *Utrecht Journal of International and European Law* 82

RENAUDIE, V., « Les USA pays des droits de l'homme ? Un instrument universel de protection des droits de l'homme méconnu: le US alien tort claim act » (2004) 3 *RIDC* 603

TRUDEAU, H., « Du droit international au droit interne: l'émergence du principe de précaution en droit de l'environnement » (2002-2003) 28 *Queen's L.J* 241

VINCENT, J., « Le droit à réparation des victimes en droit pénal international: utopie ou réalité? » (2010) 44 *Revue juridique Thémis* 79

WATT, H., « Privatisation du contentieux des droits de l'homme et vocation universelle du juge américain », (2003) 55, *RIDC* 4

WEISS S. L. et W. B. PANLILIO, « Defending Against Alien Tort Statute Cases Post-Kiobel: What are the key defenses? » (2013) *American Law Institute* 1

XAVIER, A., et FELLMET, « *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.: A New Standard for the Enforcement of International Law in U.S. Courts?* », (2002) 5 *Yale Human Rights and Development Journal* 241

YOUNG, E. A., « Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute, and Transnational Public Law Litigation after Kiobel » (2014) *Duke University - School of Law*, en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=2409838> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2409838>>, (Site consulté le 14 mars 2014)

4. Thèses, mémoires et conférences

DAOUED, C., *Les perspectives de réglementation des activités des sociétés transnationales en l'absence d'un consensus sur la question de leur personnalité juridique internationale: l'exemple des compagnies privées de sécurité*, Mémoire, Montréal, Faculté de droit, Université du Québec à Montréal, 2008, p.19-23

BRIGHT, C., *L'accès à la justice civile en cas de violations des droits de l'homme par des entreprises multinationales*, thèse, Florence, European University Institute, 2013

COURNIER, M., *Sociétés minières canadiennes et violations des droits de l'homme à l'étranger: le Canada respecte-t-il les prescriptions internationales en la matière?* Mémoire, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2013

RONDEAU, S., *Violations du droit international humanitaire et réparation: la place de la victime individuelle*, Mémoire, Montréal, Université de Québec à Montréal, 2008

TRANCHECOSTE, L., *Droit humains, Sociétés transnationales et responsabilité internationale de l'État: Cas de l'investissement public dans le secteur extractif*, Mémoire, Montréal, Faculté de droit, Université du Québec à Montréal, 2010

5. Documents internationaux en ligne

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU, *Rapport de la Commission du droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa 53e session* (2001), A/56/10

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'ONU, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Rés. AG 60/147, Doc. Off. AG NU, 60e sess., supp. na 49, Doc. N.U. A/RES/60/147 (2005)

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale*, 204e session (Genève, novembre 1977), telle qu'amendée par le Conseil à sa 279e session (Genève, novembre 2000) et à sa 295e session (mars 2006), en ligne : <
http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_124923.pdf> , p.2 (site consulté le 3 janvier 2014)

CNUCED, Rapport sur l'investissement dans le monde 2013, en ligne sur : <
http://unctad.org/fr/PublicationsLibrary/wir2013overview_fr.pdf> (site consulté le 22 janvier 2014)

COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL, F. V. Garcia AMADOR, *Responsabilité de l'État à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers: la réparation du dommage, sixième rapport*, Annuaire de la Commission de droit international, vol.II, A/CN.4/134 ET Add.1, 26 janvier 1961

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, *Human rights and transnational corporations and other business enterprises SRSG mandate*, Doc. N.U. E/CN.4/RES/2005/69, 61^{ème} sess., (20 avril 2005), en ligne:
<<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ResolutionsDecisions.aspx>> (Site consulté le 25 février 2014)

COMMISSION DE DROIT INTERNATIONAL, *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite*, Documents officiels de l'Assemblée générale, 56^{ème} sess., A/56/10, Supplément n° 10 (2001), en ligne :
<http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/francais/commentaires/9_6_2001_francais.pdf> (Site consulté le 20 février 2014).

Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une CPI, Doc. A/Conf.183/C.1/WGGP/L.5/Rev.2, 17 juillet 1998

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Résolution A/HRC/RES/17/4 du 16 juin 2011

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, U.N. Doc. A/HR/C/8/5 (Apr. 7, 2008)

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Mandat du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U. A/HRC/RES/8/7, 8^{ème} sess., (18 juin 2008), en ligne: <
http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf> (site consulté le 1 janvier 2014)

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie*, Doc.N.U. A/HRC/17/31, 17^{ème} sess., (21 mars 2011), en ligne <<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/ruggie-principes-directeurs-21-mars-2011.pdf>> (site consulté le 10 janvier 2014)

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme- Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, M. John Ruggie, Doc.N.U. A/HRC/8/5, 8ème sess., (7 avril 2008), p. 21, en ligne: <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/128/62/PDF/G0812862.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 10 juin 2014).

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme*, Doc.N.U. A/HRC/26/L.22/Rev.1, 26^{ème} sess., (25 juin 2014), en ligne : <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/064/49/PDF/G1406449.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 26 juin 2014)

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Doc. N.U A/HRC/26/L.1, 26^{ème} sess., (23 juin 2014), en ligne : <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G14/062/41/PDF/G1406241.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 26 juin 2014)

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Rapport du Secrétaire général sur l'effet des activités et des méthodes de travail des sociétés transnationales sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels et le droit au développement, compte tenu des directives, règles et normes internationales existant sur ce sujet*, Doc. N.U. E/CN.4/Sub.2/1996/12 (17 juin 1996), en ligne : <<http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/130/59/PDF/G9613059.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 22 février 2014).

IACHR, *Precautionary Measures, PM 260-07 – Communities of the Maya People (Sipakepense and Mam) of the Sipacapa and San Miguel Ixtahuacán Municipalities in the Department of San Marcos*, Guatemala, en ligne, < <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp> > (site consulté le 5 juin 2014)

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, Session de Lausanne, 1927, en ligne <http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf> (Site consulté le 6 février 2014)

OCDE, *Rapport annuel sur les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales 2013 : La conduite responsable des entreprises en action*, 2014, en ligne <<http://dx.doi.org/10.1787/mne-2014-fr>> (site consulté le 30 janvier 2014)

OCDE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, < <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr> > (site consulté le 28 janvier 2014)

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Étude concernant le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de violations flagrantes des droits de*

l'homme et des libertés fondamentales, Doc. N.U E/CN.4/Sub.2/1993/8, (2 juillet 1993), <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/141/59/PDF/G9314159.pdf?OpenElement>> (Site consulté le 14 février 2014).

6. Rapports d'ONG et Articles de presse

Colloque du Conseil national des Barreaux (CNB) et de l'American Bar Association (ABA), *La responsabilité internationale des entreprises en zone de conflit*, à Paris (Ministère des affaires étrangères), mars 2013, en ligne : <[http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195735791391/\[CNB\]_Colloque_CNBaBa_Responsabilite_internationale_des_entreprises_en_zones_de_conflit_21_mars_2013_\[actes\].pdf](http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/195735791391/[CNB]_Colloque_CNBaBa_Responsabilite_internationale_des_entreprises_en_zones_de_conflit_21_mars_2013_[actes].pdf)> (Site consulté le 10 juillet 2014)

Communiqué de presse Amnesty International, *États-Unis, la cour suprême rend un arrêt sur Shell dans le Delta du Niger*, en ligne : <<https://www.amnesty.org/fr/for-media/press-releases/us-supreme-court-ruling-shell-niger-delta-severely-limits-access-justice-hu>> (site consulté le 4 avril 2014)

Fédération Internationale de ligues des Droits de l'Homme (FIDH), *Entreprises et violations des droits de l'homme : Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG - Section II Mécanismes judiciaires* mars 2012, en ligne : <http://www.fidh.org/IMG/pdf/guide_entreprises_fr-sectionii.pdf> (site consulté le 3 avril 2013)

Fédération Internationale de ligues des Droits de l'Homme (FIDH), *Entreprises et violations des droits de l'homme: Un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG - Section III Médiation*, mars 2012, en ligne: <http://www.fidh.org/IMG/pdf/guide_entreprises_fr-sectioniii.pdf> (site consulté le 10 août 2013)

SKINNER,G., MCCORQUODALE,R., DE SCHUTTER, O., et LAMBE, A., « The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business », International Corporate Accountability Roundtable (ICAR), Décembre 2013, en ligne : <<http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/The-Third-Pillar-Access-to-Judicial-Remedies-for-Human-Rights-Violation-by-Transnational-Business.pdf>> (Site consulté le 10 mai 2014)

UNEP, *L'étude du PNUE sur les impacts de l'exploitation pétrolière en pays Ogoni révèle l'étendue de la contamination environnementale et les risques pour la santé humaine*, , en ligne : <<http://www.unep.org/newscentre/default.aspx?DocumentID=2649&ArticleID=8827&l=fr>> (consulté le 2 avril 2014)

O. DE SCHUTTER, RAMASASTRY, A., B, M, TAYLOR., et THOMPSON, C., *La diligence raisonnable en matière de droits humains : le rôle des États*, Table ronde sur la reddition de comptes des entreprises internationales (ICAR), décembre 2012, en ligne : < <http://business-humanrights.org/media/documents/la-diligence-raisonnable-en-matiere-de-droits-humains-role-des-Etats.pdf> > (Site consulté le 10 juin 2014)