

Sommaire

Frédéric Krenc, nouveau juge à la Cour européenne des droits de l'homme par <i>Dean Spielmann</i> et <i>Françoise Tulkens</i>	773
DOCTRINE	
L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver par <i>Frédéric Krenc</i>	775
La nomination des juges nationaux saisie par les juridictions européennes par <i>Mathieu Disant</i> et <i>Thibaut Larrousurou</i>	791
Entrée en vigueur du Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole de l'ère de la subsidiarité par <i>Florence Merloz</i>	807
La liberté de réunion pacifique, garante d'un espace civique menacé : commentaire en marge de l'observation générale n° 37 du Comité des droits de l'homme par <i>Nesa Zimmermann</i>	829
Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises par <i>Evelyne Schmid</i>	853
Les décisions 3042/2017 et 3043/2017 du Comité des droits de l'homme en matière d'opérations de recherche et de sauvetage en haute mer : effets incitants ou dissuasifs ? par <i>Eugénie Delval</i>	875
La crise sanitaire du Covid-19 derrière le masque : l'antinomie dans les droits fondamentaux par <i>Emmanuel van Nuffel</i>	905
Des personnes vulnérables aux situations de vulnérabilité : à quoi sert le droit en temps de Covid ? par <i>Isabelle Hachez, Mathilde Hardt, Laurie Losseau, Olivia Nederlandt, Sylvie Saroléa</i> et <i>Louis Traille</i>	929
CHRONIQUE	
Chronique de jurisprudence de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (2020) par <i>Laurence Burgogue-Larsen</i> et <i>Guy-Fleury Ntwari</i>	991
JURISPRUDENCE	
La détention au temps du Covid sous le regard de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous Cour eur. dr. h., décision (rec.) Fenech c. Malte, 23 mars 2021) par <i>Marie-Aude Beernaert</i>	1047
La garde à vue et l'avocat en France par <i>Christian Charrière-Bournazel</i>	1061
Bibliographie	1067
Revue des revues	1073



Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises

PAR

Evelyne SCHMID

*Professeure à l'Université de Lausanne**

Résumé

Plusieurs États européens envisagent de légiférer, ou l'ont déjà fait, dans le domaine de la conduite responsable des entreprises et exigent des entreprises de respecter certaines normes de droits humains quel que soit le lieu où elles exercent leurs activités. Nous démontrons que le champ d'application spatial de telles législations nationales contient trois volets distincts. Distinguer ces trois volets nous permet de structurer le débat sur l'étendue géographique, l'extraterritorialité et la légitimité de ce type de réglementations nationales du point de vue des obligations en matière de droits humains et de la souveraineté des États.

Abstract

Several European states are considering legislating, or have already legislated, in the area of responsible business conduct to require companies to respect human rights standards in their operations, including in their activities abroad. The article discusses the different aspects of the territorial scope of application of such legislation from the perspective of international law and identifies three distinct strands. This typology facilitates the debate on the geographical scope and the extraterritoriality and legitimacy of such domestic regulations from the perspective of human rights obligations and state sovereignty.

* L'auteure tient à remercier Damiano Canapa, Elena Cima, Jelena Protic, Sophie Thirion ainsi que Géraldine Rosoux et Cécile Hekkers de la *Revue* pour leurs relectures et suggestions.

Introduction

En Suisse, le peuple et les cantons ont récemment voté sur une initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – Pour protéger l'être humain et l'environnement»¹. Cette initiative populaire aurait obligé la Confédération suisse à légiférer pour que les entreprises respectent les droits humains et l'environnement «aussi à l'étranger». L'initiative a attiré le soutien d'une majorité étroite de la population, mais a finalement échoué car la majorité des cantons a voté «non»². Ce résultat remarquable s'inscrit dans une tendance plus large des États, en Europe et au-delà, d'envisager d'introduire dans leurs législations nationales des règles obligeant «leurs» entreprises à respecter les droits humains (et parfois aussi des normes environnementales) dans leurs activités partout dans le monde. Plusieurs États ont ainsi adopté des réglementations comportant des similitudes avec l'initiative populaire rejetée, et des travaux législatifs sont en cours dans d'autres États: au Royaume-Uni, le *Modern Slavery Act* a été adopté en 2015³, en France, la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre («loi vigilance») existe depuis 2017⁴ et tout récemment, le 11 juin 2021, le Bundestag allemand a adopté «la loi sur la chaîne d'approvisionnement»⁵. Le législateur néerlandais a adopté, en 2019, une loi sur le travail des enfants⁶, tandis que la Commission européenne prépare actuellement une proposition de législation contraignante afin d'assurer le respect des droits humains dans les chaînes d'approvisionnement au niveau mondial; un projet de directive devrait être prêt d'ici à juin

¹ Cette initiative avait été lancée à la suite du rejet par le Conseil fédéral suisse, en mars 2015, de la motion (14.3671) «Mise en œuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement» de la Commission de politique extérieure du Conseil national qui demandait l'introduction d'«une obligation de diligence en matière de droits humains et d'environnement» s'inscrivant dans le cadre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies [Principes directeurs de l'ONU], A/HRC/17/31.

² Résultats provisoires de la votation n° 636, disponibles à l'adresse www.bk.admin.ch/ch/f/pore/va/20201129/can636.html.

³ Modern Slavery Act 2015, chapitre 30, disponible à l'adresse www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted.

⁴ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, disponible à l'adresse www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte.

⁵ *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* («Lieferkettengesetz LkSG») du 16 juillet 2021, (BGBl. I S. 2959), disponible à l'adresse www.gesetze-im-internet.de/lksg/.

⁶ *Wet zorgplicht kinderarbeid* (Child Labor Due Diligence Law, adoptée le 14 mai 2019, non encore en vigueur).

2021⁷. Des travaux législatifs sont aussi en cours en Finlande⁸ et en Norvège⁹. En Suisse, le débat est loin d'être clôturé après le rejet de l'initiative populaire. Un contre-projet modeste entrera en vigueur¹⁰ et il est probable que le législateur adoptera d'autres règles à l'avenir pour suivre les évolutions normatives en sein de l'UE¹¹.

Une caractéristique commune de telles législations (ou projets de législation) réside dans leur champ d'application spatial au-delà des frontières étatiques. Le débat récent en Suisse a soulevé un certain nombre de questions de droit international. Les opposants à l'initiative ont notamment argumenté que le choix du champ d'application spatial serait contraire au droit international public parce qu'il violerait la souveraineté d'autres États et, selon certains, serait même impérialiste¹². En fort contraste avec de telles craintes, le Comité onusien des droits économiques, sociaux et culturels a adopté en 2017 son Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises dans laquelle il a affirmé que les États «devraient»

⁷ Conseil de l'Union européenne, «Droits de l'homme et travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales: le Conseil approuve des conclusions», Communiqué de presse du 1^{er} décembre 2020.

⁸ Ministry of Economic Affairs and Employment, Finland: «Govt publishes study on possible regulatory options for proposed due diligence legislation», 19 février 2021, disponible à l'adresse www.business-humanrights.org/en/latest-news/finland-govt-publishes-study-on-possible-regulatory-options-for-proposed-due-diligence-legislation.

⁹ Norwegian Ethics Information Committee, appointed by the Norwegian Government on June 1, 2018. *Report delivered on 28 November 2018*, disponible à l'adresse www.business-humanrights.org/documents/5803/Norway_Draft_Transparency_Act_-_draft_translation_0.pdf.

¹⁰ Consultable sur le site web de l'Office fédéral de la Justice à l'adresse www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/verantwortungsvolle-unternehmen.html. R. H. WEBER, «Sorgfaltspflichten in der Lieferkette», *Jusletter*, 29 mars 2021, disponible à l'adresse https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2021/1061/sorgfaltspflichten-i_59bde39d87.html__ONCE.

¹¹ Voy. D. CANAPA *et al.*, «"Entreprises responsables": limitations et perspectives», *Revue de droit suisse*, 2021, à paraître.

¹² Au moins deux docteurs en droit, l'ancien responsable juridique de Novartis et président de SwissHoldings et le CEO de F. Hoffmann-La Roche ont suggéré que la disposition serait «impérialiste» et imposerait des nouvelles règles à d'autres États («Die Initiative ist eine Mogelpackung», *NZZ*, 8 novembre 2016, p. 25 (entretien avec Felix Ehrat); «Krebs wird heilbar – das ist fantastisch!», *Blick*, 6 octobre 2017, p. 6 (entretien avec Severin Schwan): «Die Initiative zwingt die Unternehmen dazu, gewisse Standards unabhängig von lokalen Gesetzen durchzusetzen. Umgekehrt würde sich die Schweiz so etwas völlig zu Recht nie bieten lassen. Stellen Sie sich vor, [...] Saudi-Arabien würde fordern, Schweizer Lieferanten müssten die Scharia einhalten» («L'initiative oblige les entreprises à appliquer certaines normes indépendamment des lois locales. La Suisse ne supporterait pas, à juste titre, une telle chose. Imaginez [...] que l'Arabie saoudite exige que les fournisseurs suisses respectent la charia»); notre traduction).

légiférer dans ce sens et obliger les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou relevant de leur juridiction « d'agir avec la diligence voulue pour recenser, prévenir et faire cesser les violations des droits consacrés par le Pacte commises en tout lieu par leurs filiales et leurs partenaires commerciaux »¹³.

Que fait juridiquement un État s'il décide d'adopter une législation qui oblige les entreprises liées à sa juridiction de respecter des normes des droits humains à l'étranger? Exerce-t-il une compétence extraterritoriale? Les États ont-ils le droit, et si oui quand, de prescrire une certaine conduite à leurs sujets opérant à l'étranger et, inversement, sont-ils même obligés de le faire? Cette contribution vise à répondre à ces questions en catégorisant les différents aspects du champ d'application spatial du point de vue de l'exercice étatique de la juridiction en matière de droit international de protection des droits humains par les États qui obligent leurs entreprises à respecter les droits humains dans leurs activités à l'étranger. Ainsi, l'article se concentre sur les obligations de droits humains imposées aux entreprises par les États et n'aborde pas les questions des conséquences d'un non-respect de ces obligations dans les ordres juridiques nationaux, ni par ailleurs les normes environnementales qui font parfois également partie de telles réglementations nationales mais qui ne sont pas analysées séparément dans le cadre de cet article.

L'initiative populaire suisse, même si elle a échoué, offre un cadre particulièrement intéressant pour analyser ces questions pour deux raisons: premièrement, la disposition constitutionnelle proposée contenait des indications explicites sur le champ d'application spatial tandis que ceci est plus implicite dans d'autres législations. Deuxièmement, le débat en Suisse a fait remonter à la surface les craintes que de telles réglementations pourraient être problématiques du point de vue de la compétence des États en matière de droits humains. L'analyse du champ d'application de telles législations nationales nous permet de discuter la pertinence de ces arguments.

La contribution est structurée de la façon suivante. Le premier point résume brièvement la proposition sur laquelle le peuple et les cantons ont récemment voté en Suisse et explique les similitudes quant au choix du champ d'application spatial des différentes législations nationales en Europe. Le second point constitue le cœur de l'analyse et présente les trois volets du champ d'application de telles législations et leurs qualifications du point de vue du droit inter-

¹³ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale n° 24 du 10 août 2017 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises (E/C.12/GC/24), § 33.

national. Nous concluons par des réflexions au sujet de l'utilité de cette catégorisation pour répondre aux diverses questions que ces législations soulèvent.

I. Le champ d'application spatial des législations nationales sur les entreprises et les droits humains

Si elle avait été adoptée, l'initiative populaire suisse aurait obligé les entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse à «respecter, également à l'étranger, les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales». Dans ce cadre, les entreprises auraient dû faire preuve d'une diligence raisonnable : elles auraient dû identifier les risques, décider les mesures devant être mises en œuvre afin de prévenir les violations de ces droits et normes, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des analyses et mesures adoptées. La responsabilité d'une entreprise aurait été engagée en cas de dommage causé directement ou par une entreprise qu'elle contrôlait, en droit ou en fait, si elle n'avait pas fait preuve d'une telle diligence¹⁴.

Abordons brièvement les champs d'application territoriaux des autres législations nationales récemment adoptées ou discutées en Europe. En France, l'obligation introduite dans la «loi vigilance» en 2017 d'établir et mettre en œuvre un plan de vigilance englobe tous les risques et atteintes potentielles graves «envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle»¹⁵. Le champ d'application spatial de la «loi vigilance» française est sans limitation spatiale¹⁶. Les obligations de transparence dans le *Modern Slavery Act* du Royaume-Uni ne prévoient également aucune limite spatiale et exigent de toutes les entreprises concernées qu'elles produisent et publient une déclaration annuelle détaillant les mesures prises pour lutter contre les violations des droits humains et l'esclavage moderne¹⁷, ce qui implique que les entreprises visées doivent analyser toutes

¹⁴ Le texte de l'initiative se trouve dans la *Feuille fédérale suisse* (FF), 2015, pp. 2979 et s., en particulier p. 2981. Pour une analyse, voy. D. CANAPA *et al.*, «'Entreprises responsables' : trois malentendus», *Jusletter*, 23 novembre 2020, disponible à l'adresse https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1046/-entreprises-respon_b579f558dd.html.

¹⁵ Art. 1^{er} de la loi vigilance.

¹⁶ S. COSSART *et al.*, «Extension du domaine de la vigilance, la loi sur le devoir de vigilance, au-delà de la compliance», *Revue des juristes de Science Po*, 2019, vol. 16, pp. 88-94, ici p. 93.

¹⁷ *Modern Slavery Act*, section 54 (notons que le champ d'application spatial de la loi britannique est plus nuancé en ce qui concerne la mise en œuvre maritime, voy. Part III de la loi).

leurs chaînes d'approvisionnement pour identifier les risques et les mesures appropriées. La loi néerlandaise sur la diligence raisonnable contre le travail des enfants oblige toutes les entreprises fournissant des biens et services aux consommateurs néerlandais au moins deux fois par an à identifier les risques liés au travail des enfants dans leur chaîne d'approvisionnement et à prendre des mesures pour les minimiser¹⁸. La loi allemande vise également la chaîne d'approvisionnement entière et ne connaît donc également aucune limitation géographique (mais elle différencie les obligations de diligence le long de la chaîne)¹⁹.

Ce bref aperçu indique que les obligations précises et le champ d'application personnel et matériel varient d'une loi à l'autre, mais que les législations nationales envisagent le devoir des entreprises rattachées à leur juridiction soit de respecter certaines obligations de diligence partout où elles sont actives, soit au moins de divulguer des informations sur toutes leurs activités et mesures. Ainsi, les champs d'application de telles normes englobent les comportements des entreprises dans l'État qui légifère – à savoir l'État qui adopte de telles prescriptions –, mais aussi à l'étranger.

Dans ce qui suit, nous démontrerons que le champ d'application spatial d'une telle norme comporte trois volets : premièrement, le volet spatial à l'intérieur de l'État qui légifère (donc le territoire étatique du « home state »²⁰) ; deuxièmement, le champ d'application à l'interne de la juridiction extraterritoriale de cet État ; et, troisièmement, les effets de la disposition à l'étranger, en dehors de la juridiction étatique. Il est important de distinguer ces trois volets pour clarifier dans quelle mesure l'État est obligé, encouragé ou au moins autorisé, par le droit international public, à étendre des obligations aux entreprises actives également à l'étranger.

¹⁸ Loi néerlandaise précitée, avec des explications en anglais ; A. HOFF, « Dutch Child Labour Due Diligence Law : A Step Towards Mandatory Human Rights Due Diligence », *Oxford Human Rights Hub*, 10 juin 2019, disponible à l'adresse <http://ohrh.law.ox.ac.uk/dutch-child-labour-due-diligence-law-a-step-towards-mandatory-human-rights-due-diligence/>.

¹⁹ *Lieferkettengesetz*, préc. Contrairement au projet suisse qui a échoué, la nouvelle loi allemande ne prévoit pas d'obligation pour les entreprises de réparer le préjudice causé à un tiers, donc aucune nouvelle responsabilité civile.

²⁰ L'État qui légifère est l'État dans lequel l'entreprise a son siège statutaire, son administration centrale ou son établissement principal. En anglais, le terme « home state » est fréquent, expression qui sera également utilisée dans cette contribution pour parler de l'État « d'origine » de l'entreprise.

II. Les trois volets du champ spatial des législations nationales

Tout d'abord, les législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises comprennent les activités internes au territoire de l'État qui légifère. Ceci constitue le premier volet que nous analyserons.

A. *Le premier volet du champ d'application spatial: le territoire de l'État qui légifère*

Dans l'initiative populaire suisse, la disposition pertinente était formulée de la façon suivante: «les entreprises doivent respecter [les normes pertinentes] également à l'étranger»; la conjonction «également» indique clairement l'existence d'une dimension spatiale interne au territoire de l'État qui adopte une telle disposition. Les législations (ou les projets) allemandes, britanniques, françaises ou néerlandaises contiennent également cette dimension interne au territoire de l'État qui légifère.

Les États ont une obligation positive de prendre des mesures pour veiller à ce que les entreprises actives sur leur territoire (qu'elles soient sises dans l'État en question ou à l'étranger) ne portent pas atteinte aux droits humains et de prendre des mesures correctives si tel n'est pas le cas. Cette obligation découle du droit international public et, à des degrés variés, aussi des droits fondamentaux du droit constitutionnel national. Depuis l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas* (1985), la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît que la Convention européenne des droits de l'homme impose des obligations positives aux États qui doivent veiller, dans les limites de leurs capacités et de la connaissance des risques, à ce que des acteurs privés ne portent pas atteinte à la jouissance des droits humains des individus²¹, et ce raisonnement s'applique également aux atteintes causées par des entreprises²². Même si l'étendue et la portée précises des obligations positives de protection restent régulièrement controversées dans des cas concrets, il est très largement accepté que les États doivent prévenir certains comportements des entreprises actives sur leur territoire pour protéger les droits humains. Les États doivent, par exemple, se doter d'un cadre juridique national pour prévenir l'exploitation des enfants ou des employés par les entreprises, la discrimination ou des dommages causés par des produits toxiques utilisés par des acteurs privés sur leur territoire. L'omis-

²¹ Cour eur. dr. h., arrêt *X et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985.

²² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994 (dans cette affaire, une société anonyme, voy. § 7).

sion de prendre de telles mesures étatiques peut conduire à la responsabilité internationale de l'État, non pas en raison du comportement des entreprises, mais en raison du manque de diligence raisonnable pour prévenir l'atteinte aux droits humains ou y répondre (ce qui correspond audit effet horizontal indirect). Pour décider si un État a manqué à ses obligations positives, la Cour européenne des droits de l'homme, comme d'autres²³, utilise le test pour déterminer si l'État a connu le risque ou aurait dû avoir des connaissances de celui-ci («knew or ought have to know») ²⁴. À l'heure actuelle, une multitude de lois aux sens formel et matériel dans les ordres nationaux confèrent une protection des individus contre des atteintes par des entreprises, à des degrés variables²⁵. À titre de conclusion intermédiaire, nous constatons que les réglementations nationales en matière de *Business & Human Rights* ont un champ d'application spatial interne au territoire étatique. Ce volet interne au territoire de l'État qui légifère ne pose aucun problème particulier du point de vue de la compétence de l'État.

B. *Le deuxième volet du champ d'application spatial : la juridiction de l'État qui légifère*

L'obligation internationale de protéger s'étend à toutes les situations qui se produisent *dans la juridiction*²⁶ d'un État au sens du droit international de la protection des droits humains sans que cette juridiction soit nécessairement territoriale. Comme le résume le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, les États doivent réglementer l'activité des entreprises établies sur leur territoire ou leur juridiction de manière à ce qu'elles

²³ D. DAVITTI, «Refining the *Protect, Respect and Remedy* Framework for Business and Human Rights and its Guiding Principles», *Human Rights Law Review*, 2016, vol. 16, pp. 55-75, ici pp. 63-67.

²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 116.

²⁵ Si certaines lacunes, et donc des besoins de légiférer davantage dans certains domaines bien spécifiques pour des activités des entreprises qui se déroulent sur le territoire du «home state», existent, ces obligations ont déjà existé avant le débat actuel sur les entreprises et les droits humains. Pour la Suisse, voy. E. SCHMID, «Exigences internationales de prendre des mesures législatives: la Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des 'entreprises et des droits humains' ?», *Pratique juridique actuelle*, 2017, n° 8, pp. 930-942, ici p. 940 (mentionnant, pour la Suisse, par exemple des lacunes en lien avec la mise en œuvre des obligations découlant de la Convention relative aux droits des personnes handicapées).

²⁶ Nous parlons de la juridiction en matière des droits humains et non pas d'autres types de juridiction en droit international public (comme par exemple la juridiction pénale, avec la juridiction territoriale, personnelle ou universelle).

ne contribuent pas à des abus en matière de protection des droits humains à l'étranger²⁷. Dans ces deux cas de figure – territoire étatique et juridiction extraterritoriale en matière de droits humains – l'État a non seulement le droit, mais aussi l'obligation, d'exiger des entreprises qu'elles ne portent pas atteinte aux droits humains. Une disposition en droit national qui oblige les entreprises à respecter les droits humains concrétise la mise en œuvre des obligations internationales de l'État de protéger contre des abus des droits humains commis par des entreprises sur son propre territoire et/ou à l'interne de sa juridiction. Ces obligations découlent notamment des traités en matière de droits humains²⁸, mais parfois aussi du droit constitutionnel national. En ce qui concerne les droits humains, le premier pilier des Principes directeurs de l'ONU traite de l'obligation de l'État de protéger les droits humains contre des abus par des acteurs non étatiques, c'est-à-dire l'obligation de prévenir, d'empêcher, d'enquêter et de sanctionner les abus des droits humains par des tiers²⁹. Il s'agit d'un document qui n'est pas contraignant en tant que tel, mais le premier principe résume cette obligation de protection de la façon suivante et ainsi insiste qu'elle découle du droit conventionnel contraignant: «[I]es États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires»³⁰. Dans les Principes directeurs de l'OCDE, les États membres reconnaissent également qu'ils «ont le devoir de protéger les droits de l'homme» et que les entreprises, quels que soient leurs taille, secteur d'activité, contexte opérationnel, structure de propriété et organisation, doivent respecter les droits humains partout où elles exercent leurs activités³¹.

En droit international public, la juridiction qui fonde les obligations en matière de droits humains est «principalement territoriale», c'est-à-dire que les obligations s'appliquent essentiellement sur le territoire de l'État à qui incombe une obligation³². Les États ont cependant aussi des obligations extraterrito-

²⁷ Observation générale n° 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*, § 16; E. SCHMID, *op. cit.*, pp. 930 et s.

²⁸ Pour une analyse plus détaillée, voy. *ibid.*

²⁹ Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.*, Principes 1-10.

³⁰ *Ibid.*, Principe 1 (nos italiques).

³¹ Principes directeurs de l'OCDE, chapitre IV et commentaire, § 37.

³² Par exemple, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Jaloud c. Pays-Bas*, 20 novembre 2014, § 139. Voy. C.I.J., Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, *Recueil*, 2004, p. 136, § 109.

riales en matière de droits humains lorsqu'une situation tombe dans la juridiction d'un État sans qu'elle se déroule sur son territoire. De manière générale, dès lors que sa juridiction extraterritoriale est établie, un État est obligé (dans les limites de sa connaissance des dangers et de ses capacités) de protéger les individus contre les abus d'acteurs non étatiques, comme les entreprises³³.

Il convient de souligner d'emblée que la jurisprudence, notamment celle de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi la doctrine sont extrêmement complexes quant à l'applicabilité extraterritoriale des traités en matière de droits humains, son étendue et ses conséquences. Pour établir qu'une situation factuelle se déroule dans la juridiction extraterritoriale d'un État, il faut attribuer³⁴ un comportement (un acte ou une omission) à l'État selon les critères du droit international³⁵. Ceci n'est possible que dans des cas spécifiques. L'attribution est, notamment, possible si un État exerce des prérogatives de puissance publique, par **exemple** parce qu'il a déployé ses forces armées dans un autre État et que ses **troupes** contrôlent une zone territoriale (modèle spatial) ou quand des acteurs étatiques disposent d'un contrôle étroit sur des individus affectés (modèle personnel, ou en anglais *state agent authority model*)³⁶ ou, troisièmement, si un État exerce sa juridiction sur un titulaire des droits

³³ Sur l'obligation de protéger en général, voy. W. KÄLIN et J. KÜNZLI, *The Law of International Human Rights Protection*, 2^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 95-104.

³⁴ Un vif débat existe au sujet du lien précis entre le concept de l'attribution et celui de la juridiction. Elif Askin résume que dans le domaine des droits économiques et sociaux, la juridiction semble se conformer en partie à un standard beaucoup plus bas que dans d'autres domaines en droit international des droits humains (E. ASKIN, « Economic and Social Rights, Extraterritorial Application », in R. Wolfrum (éd.), *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, § 29). Nous ne voyons aucune indication montrant que les concepts traditionnels ne devraient pas être pertinents dans ce domaine. À l'inverse, il nous semble risqué de proposer des concepts distincts soit en ce qui concerne la réglementation par l'État des activités transfrontalières d'acteurs non étatiques soit pour les droits économiques, sociaux et culturels afin d'assurer la cohérence conceptuelle des droits humains et leur indivisibilité.

³⁵ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, repris de l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, articles 4 à 11.

³⁶ Pour les deux premiers modèles, voy. les explications présentes dans Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Skeini e.a. c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, §§ 133-140. Pour un aperçu, voy. notamment M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2011; K. DACOSTA, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Nijhoff, Boston, 2012. En français: P. BERENZ, *La notion de juridiction de l'État dans le contentieux européen des droits de l'homme: Essai sur la délimitation du champ d'application spatial de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, 2011.

humains lié à cet État à travers des procédures judiciaires (modèle procédural, *procedural jurisdiction*).

Lesquelles de ces constellations peuvent émerger si une entreprise est la cause des atteintes aux droits humains des individus à l'étranger? L'État auquel une telle entreprise peut être rattachée n'est pas dans la situation d'un État qui exerce un contrôle par le déploiement de ses agents (sauf peut-être dans des cas d'entreprises étatiques). *Prima facie*, l'atteinte aux droits humains émane donc du fait des personnes qui ne sont pas des agents de l'État concerné. L'attribution et, par la suite, l'établissement de la juridiction sont particulièrement difficiles à déterminer lorsque le comportement reproché à l'État concerne un éventuel manque de réglementation ou d'enquête sur des activités transfrontalières d'acteurs non étatiques, car de telles allégations concernent une omission (un manque de diligence étatique). L'omission de prendre des mesures pour mettre en œuvre l'obligation positive éventuelle, si elle existe, émane de l'État. Le problème repose sur le fait que la juridiction doit être établie afin de connaître l'existence d'une obligation positive et cet exercice dépend à son tour de l'attribution d'une omission qui ne peut être identifiée qu'en connaissance de l'obligation. Ce dernier élément crée une difficulté de circularité qui n'a pas encore reçu suffisamment d'attention dans la doctrine. Les deux premiers cas de figure (le modèle spatial et le modèle personnel) sont donc difficiles à identifier dans les scénarios qui nous intéressent³⁷.

Qu'en est-il de la troisième possibilité, la juridiction procédurale? Selon la Cour européenne des droits de l'homme, un lien juridictionnel peut exceptionnellement naître en vertu des «circonstances propres»³⁸. La Cour a affirmé dans l'arrêt *Markovic c. Italie* qu'une juridiction procédurale peut fonder des obligations pour un État vis-à-vis d'une personne en matière de Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, la Grande Chambre a estimé «qu'à partir du moment où une personne introduit une action civile devant les juridictions d'un État, il existe indiscutablement un 'lien juridictionnel' au sens de l'article 1^{er} de la Convention»; l'Italie était donc obligée d'appliquer l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pour examiner la demande en réparation formée par les requérants à la suite d'une

³⁷ Un autre cas pertinent est l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*, dans lequel la Cour a indiqué (de façon trop catégorique, à notre avis) qu'une obligation positive de prendre des mesures de protection ne peut exister qu'en ce qui concerne les faits survenus sur le territoire de l'État concerné. Mais la Cour continue à rappeler qu'un manquement des autorités de l'État concerné à enquêter les allégations de traite internationale viole la Convention. Cour eur. dr. h., arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, §§ 304 et s.

³⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Güzelyurtlu e.a.*, 29 janvier 2019, § 183; Gde Ch., arrêt *Hanan c. Allemagne*, 16 février 2021, § 113.

frappe aérienne des forces de l'OTAN sur le territoire de l'ancienne République fédérale de Yougoslavie³⁹. La portée et le contenu matériels de ces droits sont toutefois **relativement** limités : ils sont fondés sur une relation juridictionnelle particulière **entre cet** État et le titulaire du droit et non sur la relation entre l'entreprise et l'individu. Par ailleurs, ces obligations existent uniquement à partir du déclenchement de la procédure qui établit le lien juridictionnel. La Cour a ultérieurement clarifié la portée de l'affaire *Markovic et autres c. Italie* dans une décision d'irrecevabilité, dans laquelle elle a conclu à l'absence de « circonstances propres » suffisantes pour déclencher un lien juridictionnel extraterritorial. Les requérants, une famille syrienne, se plaignaient du refus des autorités belges de leur accorder des visas afin d'entrer sur le territoire belge pour y demander l'asile⁴⁰. La majorité de la Grande Chambre était d'avis que la nature de la procédure en cause distingue les différentes affaires. Tandis que la procédure administrative en vue de l'obtention d'un visa ne se situe pas « dans le cadre des obligations procédurales [de la Convention européenne des droits de l'homme] », ce critère était rempli dans les affaires *Güzelyurtlu et autres* (procédure pénale pour satisfaire aux obligations procédurales de l'article 2 de la Convention) et *Markovic* (procédure civile pour assurer le respect des droits protégés par l'article 6 de la Convention)⁴¹. Dans l'arrêt récent *Hanan c. Allemagne*, la Cour a également trouvé un tel lien juridictionnel. Ce lien était, selon la Cour, notamment basé sur le constat que l'Allemagne avait une obligation procédurale d'enquêter sur les décès en vertu du droit international coutumier⁴².

Nous pouvons retenir que la Cour a affirmé l'existence d'un lien juridictionnel lorsqu'elle a identifié une obligation préalable de l'État concerné d'enquêter ou de mettre à disposition ses tribunaux pour assurer le respect des obligations découlant de l'article 6 de la Convention. En matière de conduite des entreprises, une telle juridiction procédurale peut par exemple émerger si la victime présumée d'un comportement d'une entreprise saisit les tribunaux nationaux d'un État obligé d'enquêter. Il est intéressant de constater que la Cour cite, dans *Hanan c. Allemagne*, les principes fondamentaux et les directives des Nations Unies 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 humanitaire⁴³. Notamment si une

³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Markovic e.a. c. Italie*, 14 décembre 2016, §§ 54 et 102.

⁴⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision d'irrecevabilité dans *M.N. e.a. c. Belgique*, 5 mars 2020, §§ 121 et s.

⁴¹ *Ibid.*, §§ 107 et 122.

⁴² *Hanan c. Allemagne*, préc., § 137.

⁴³ *Ibid.*

entreprise rattachée à un État membre du Conseil de l'Europe cause des abus qui constituent des crimes internationaux (crimes de guerre, crimes contre l'humanité), une obligation procédurale (coutumière ou conventionnelle) doit en tout cas être considérée.

En guise de conclusion intermédiaire, dans des cas (exceptionnels) où l'activité d'une entreprise se déroule dans la juridiction extraterritoriale d'un État, celui-ci est obligé de réglementer ses activités afin d'éviter une atteinte aux droits humains par cette entreprise, de même qu'il est obligé de protéger les droits humains à l'intérieur de sa juridiction territoriale. Pour cette constellation, le choix d'un champ d'application spatial au-delà des frontières étatiques de la législation nationale s'impose donc en vertu du droit international public. Dans les cas où des «circonstances propres» mènent à «un lien juridictionnel extraterritorial», l'État concerné doit au moins mettre à disposition des moyens permettant de remplir ses obligations procédurales (et donc par exemple créer des possibilités judiciaires pour enquêter ou pour mettre à disposition ses tribunaux nationaux).

C. *Le troisième volet du champ d'application spatial: les effets des législations en dehors de la juridiction étatique*

Comme nous venons de le voir, le comportement à l'étranger⁴⁴ d'acteurs non étatiques rattachés à l'État qui décide de légiférer en matière de vigilance des entreprises n'implique pas automatiquement que la situation tombe sous la juridiction du pays. Le troisième volet du champ d'application spatial des législations nationales obligeant les entreprises à respecter les droits humains partout dans leurs activités correspond aux effets qui se déploient en dehors de la juridiction de l'État légiférant en matière de droits humains.

À l'exception de l'obligation de coopérer et d'assister la communauté internationale⁴⁵, de celle de ne pas reconnaître des violations graves⁴⁶, et des règles

⁴⁴ «L'étranger» peut faire référence à tous les espaces autres que le territoire étatique de l'État qui légifère. Du moins en théorie, ces espaces peuvent inclure les espaces maritimes, aériens et peut-être même des espaces lointains ou un cyberspace.

⁴⁵ Art. 55 de la Charte des Nations Unies; art. 2, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; M. CARMONA SEPÚLVEDA, «The Obligations of 'International Assistance and Cooperation' Under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *The International Journal of Human Rights* 2009, vol. 13, n° 1, pp. 86-109.

⁴⁶ COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *op. cit.*, articles 40 et 41.

sur la complicité aux violations des droits humains⁴⁷, la juridiction (territoriale ou extraterritoriale) est une condition *sine qua non* de l'existence des obligations en matière de droits humains : il n'y a pas d'obligations en matière de droits humains sans l'établissement préalable de la juridiction⁴⁸. Le corollaire est que les individus affectés ne peuvent invoquer une violation des droits humains vis-à-vis de l'État dans lequel l'entreprise a son siège (ou son administration ou son établissement principal) que si cet État exerce sa juridiction sur les faits pertinents⁴⁹.

Certains auteurs proposent de reconnaître l'existence de la juridiction extraterritoriale sur la base des effets ou conséquences que peut avoir un État sur la jouissance des droits humains à l'étranger (*effects jurisdiction*, ou parfois appelée juridiction fonctionnelle ou juridiction basée sur la capacité d'influencer)⁵⁰. Dans ces propositions, résumées ici de façon simplifiée, l'État qui contrôle ou qui peut influencer les activités des acteurs non étatiques qui ont ensuite des effets nuisibles à l'étranger peut se voir confronté à des obligations en matière de droits humains. Selon la formulation exacte de ces propositions, cette conception n'exige plus nécessairement le contrôle effectif, même indirect, de l'État sur les titulaires du droit, mais « uniquement » une capacité de l'État à causer des dommages, par exemple à défaut d'avoir exigé suffisamment de diligence de la part de ses entreprises actives à l'étranger. Cette dernière hypothèse nous semble douteuse. À notre avis, même si certaines formes de juridiction basées sur le contrôle d'activités pouvant causer des effets négatifs (*effects*

⁴⁷ Ces règles pourront potentiellement être pertinentes si un État, par son action ou son omission, contribue à faire durer une violation grave d'un autre État par exemple en soutenant une entreprise à en tirer bénéfice. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, *op. cit.*, article 16; M. KARAVIAS, «Shared Responsibility and Multinational Enterprises», *Netherlands International Law Review*, 2015, vol. 62, n° 1, pp. 91-117, ici p. 102.

⁴⁸ E. ASKIN, *op. cit.*, §§ 8 et 17 et s.; R. MCCORQUODALE et P. SIMONS, «Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law», *The Modern Law Review*, 2007, vol. 70, n° 4, pp. 598-625, ici p. 605.

⁴⁹ E. ASKIN, *op. cit.*, §§ 17 et s.; voy. aussi *supra*, la note de bas de page n° 31.

⁵⁰ Parmi ceux qui proposent une telle conception : Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, adopted by a group of experts convened by Maastricht University and the International Commission of Jurists, 21 September 2011, Principe 9; O. DE SCHUTTER, «Towards a New Treaty on Business and Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, 2016, vol. 1, n° 1, pp. 41-67. Parmi ceux et celles qui discutent et rejettent une telle conception : S. BESSON, «Due Diligence and Extraterritorial Human Rights Obligations-Mind the Gap!», *ESIL Reflections*, 2020, p. 7; C. METHVEN O'BRIEN, «The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad: A Rebuttal», *Business and Human Rights Journal*, 2018, vol. 3, n° 1, pp. 47-73, ici p. 60.

jurisdiction) semblent envisageables⁵¹, le seuil pour établir une juridiction extraterritoriale en matière de droits humains devrait passer par un contrôle de l'État sur les titulaires des droits. À notre avis, de bons arguments existent pour maintenir la conceptualisation d'une juridiction en matière de droits humains basée sur un contrôle de l'État sur le titulaire des droits, et non pas sur l'acteur non étatique qui peut nuire aux intérêts des individus : le seuil nécessaire pour l'établissement de la juridiction en matière de droits humains n'est – en tout cas à notre avis – pas le même que celui qui déclenche l'application d'autres obligations de diligence raisonnable⁵². Même si le Comité des droits de l'homme de l'ONU ainsi que la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁵³ et la Cour constitutionnelle allemande⁵⁴ ont récemment publié des décisions en tension avec cet avis⁵⁵, nous considérons que les effets potentiels de l'action des entreprises de l'État qui légifère sur les intérêts d'individus situés à l'étranger ne suffisent pas, à eux seuls, pour établir la juridiction en matière de droits humains pour des faits lors desquels une entreprise porterait atteinte aux droits humains à l'étranger⁵⁶. En dehors de la juridiction extraterritoriale et des exceptions mentionnées au début du paragraphe, le « home state » n'est donc pas obligé de réglementer globalement les activités des entreprises sur la base de ses obligations en matière de droits humains (mais voy. les dernières pages de cet article pour les autres sources pertinentes pour une telle obligation éventuelle).

Sur la base de ce qui précède, il est possible de conclure qu'un État qui oblige « ses » entreprises à respecter les droits humains à l'étranger adopte une législation nationale qui aura des effets extraterritoriaux en dehors de la juridiction étatique en matière de droits humains en vertu du droit international public.

⁵¹ Il semble, par exemple, envisageable de conceptualiser cette *effects jurisdiction* d'une manière voulant que le seuil de contrôle rejoigne un contrôle effectif sur les titulaires des droits si l'État contrôle de façon étroite si l'acteur non étatique causera des incidences négatives sur les droits humains ou non (par exemple si l'État a négocié pour le compte de l'entreprise pour permettre celle-ci d'exercer des activités qui causeront sans doute des atteintes aux droits humains).

⁵² Voy. aussi F. VIOLI, « The Function of the Triad Territory, Jurisdiction, and Control in Due Diligence Obligations », in H. Krieger *et al.* (éd.), *Due Diligence in the International Legal Order*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pp. 75-91, ici p. 82.

⁵³ Avis consultatif de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur l'environnement et les droits de l'homme du 7 février 2018, § 104(h).

⁵⁴ Cour const. allemande, jugement du 19 mai 2020, 1 BvR 2835/17. Commenté par B. ÇALI, « Has 'Control Over Rights Doctrine' for Extra-Territorial Jurisdiction Come of Age », Hertie School Center for Fundamental Rights (2020), disponible à l'adresse www.hertie-school.org/en/fundamentalrights/news/detail/content/has-control-over-rights-doctrine-for-extra-territorial-jurisdiction-come-of-age-karlsruhe-too-has-spoken-now-its-strasbourgs-turn.

⁵⁵ *A.S. e.a. c. Malte*, CCPR/C/128/D/3043/2017 et *A.S. e.a. c. Italie*, CCPR/C/130/DR/3042/2017, vues adoptées le 27 janvier 2021.

⁵⁶ S. BESSON, *op. cit.*, p. 2.

Ce constat soulève trois questions séparées en lien avec le troisième volet du champ d'application spatial.

1. Première question : s'agit-il de mesures extraterritoriales ?

La première question est de savoir si un État prend des mesures extraterritoriales en obligeant « ses » entreprises à respecter également à l'étranger les droits humains internationalement reconnus. Bien que nous venions de conclure que l'adoption d'une telle disposition nationale a des effets à l'étranger, en dehors de la juridiction étatique de l'État qui légifère, il reste à déterminer si la réglementation en tant que telle est extraterritoriale.

Autrement dit, le fait qu'un État réglemente le comportement à l'étranger des entreprises qui lui sont rattachées doit-il être qualifié d'exercice de mesures extraterritoriales ou s'agit-il d'un exercice de prérogatives de puissance publique à l'interne de la juridiction territoriale de l'État qui légifère ? La question est importante, car le droit international public restreint les possibilités des États d'imposer des normes contraignantes à des acteurs situés dans d'autres États. Une disposition nationale du type de la réglementation proposée en Suisse ou la « loi vigilance » française visent-elles le comportement d'acteurs étrangers rattachés à d'autres États et s'agit-il par conséquent potentiellement d'une ingérence dans les affaires internes d'un autre État ?

Notre première remarque est la suivante : les dispositions nationales de ce type n'ont pas d'effet direct contraignant sur des acteurs étrangers. Les sujets visés par de telles dispositions sont des acteurs rattachés à l'État qui légifère selon des critères de rattachement reconnus en droit international privé⁵⁷. Ainsi, le « home state » n'impose pas son droit national à d'autres États ou à des acteurs étrangers. En Suisse, le Centre suisse de compétence pour les droits humains a qualifié la disposition et les règles qui en découleront comme des mesures internes avec effets extraterritoriaux (« innerstaatliche Massnahme mit extraterritorialer Wirkung »)⁵⁸. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a souligné que, « bien que ces obligations de diligence aient bel et bien des effets sur les situations survenant en dehors des

⁵⁷ L'article 2, § 1^{er}, lu conjointement avec l'article 60, § 1^{er}, de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), 16 septembre 1988, 1659 UNTS 13; L. ENNEKING, « Paying the Price for Socially Irresponsible Business Practices?: Corporate Liability for Violations of Human Rights and the Environment Abroad », *Pratique juridique actuelle*, 2017, pp. 988-997.

⁵⁸ C. KAUFMANN *et al.*, *Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, Extraterritoriale Rechtsanwendung und Gerichtsbarkeit in der Schweiz bei Menschenrechtsverletzungen durch transnationale Unternehmen*, Centre suisse de compétence pour les droits humains, Berne, 2016, § 231.

territoires nationaux des États parties, puisqu'elles imposent de prévenir ou de faire cesser les violations potentielles des droits consacrés par le Pacte dans les chaînes de valeur mondiales ou dans les entreprises multinationales, elles ne supposent pas pour autant que les États en question exercent leur compétence extraterritoriale»⁵⁹.

Dans les situations où une activité d'une entreprise est menée exclusivement sur le territoire de l'État qui légifère et que cette activité a des effets négatifs à l'étranger, les effets extraterritoriaux de l'activité existent malgré l'absence évidente de juridiction extraterritoriale. On peut par exemple penser à la décision d'un institut financier privé de prêter des fonds pour la construction d'un barrage dont on sait qu'il causera des graves atteintes aux droits humains. Dans les autres constellations, à savoir lorsque les entreprises rattachées à l'État qui légifère ont également des activités à l'étranger en interaction avec des acteurs étrangers (par exemple avec des filiales d'une société mère nationale ou des fournisseurs), ces derniers sont évalués selon les normes locales et le droit national du «home state» n'est pas appliqué de façon extraterritoriale à ces acteurs étrangers. L'entreprise rattachée à l'État qui légifère doit cependant faire preuve de diligence raisonnable (devoir dont l'étendue varie dans les législations nationales existantes ou discutées). Bien sûr, cette obligation de diligence raisonnable vise indirectement aussi à influencer le comportement des acteurs étrangers, même si le destinataire de la norme est uniquement l'entreprise rattachée au «home state». L'application du droit national reste néanmoins limitée à la société rattachée à l'ordre juridique de l'État qui légifère.

En guise de conclusion intermédiaire, il s'agit d'une réglementation nationale qui comporte des *effets* extraterritoriaux importants qui se déploient dans des situations où l'État qui légifère ne dispose pas de juridiction au sens des droits humains.

2. Deuxième question : une atteinte à la souveraineté des autres États ?

La deuxième question est celle de savoir si un État est autorisé à exiger le respect de normes par «ses» entreprises lorsque celles-ci sont actives à l'étranger. Toutes les législations existantes ou discutées dans ce domaine démontrent la volonté du législateur national d'avoir des effets régulateurs extraterrito-

⁵⁹ Observation générale n° 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *op. cit.*, § 33. Pour une analyse de cette conclusion, voy. C. VALLI BÜTTOW, *Human Rights Due Diligence and the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction: The view of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in paragraph 33 of the General Comment n. 24 (mémoire de Master)*, Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique, Lausanne, 2018, p. 33.

riaux précisément dans un domaine où la juridiction étatique ne peut pas être affirmée. La question de la compatibilité avec le droit international public du champ d'application spatial de la disposition constitutionnelle se pose dès lors.

La Charte des Nations Unies et la coutume internationale interdisent aux États «*d'intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État*» (art. 2, § 7, de la Charte). Durant le débat sur l'initiative populaire en Suisse, le Conseil fédéral suisse a utilisé les termes «atteinte à la souveraineté d'autres États» dans un sous-titre de son message destiné à l'Assemblée fédérale, sans que le texte qui a suivi n'analyse les normes de droit international public en la matière⁶⁰. Ailleurs, le message affirme que la disposition «est en principe conforme aux obligations internationales de la Suisse»⁶¹, mais n'a pas examiné là non plus le principe de non-ingérence ni d'autres obligations ou limites quant au champ spatial.

Le choix d'un champ d'application sans limite géographique ne saurait être considéré comme une atteinte à la souveraineté d'autres États. Depuis l'affaire *Lotus SS* jugée par la Cour permanente de justice internationale en 1927 et malgré les critiques adressées à la lecture volontariste de la conclusion du tribunal⁶², il est reconnu que les États – dans certaines conditions – peuvent adopter des législations qui s'étendent à des faits qui se déroulent à l'étranger⁶³. Ces conditions sont remplies dans le cas de dispositions nationales qui obligent les entreprises d'un État à respecter les droits humains à l'étranger dans leurs activités entrepreneuriales. Tout d'abord, les normes en cause sont des normes reconnues par les États eux-mêmes au niveau international. De plus, les législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises visent des acteurs rattachés à l'État qui adopte la législation et leur imposent des devoirs par rapport à des normes internationales. Ces législations imposent

⁶⁰ Message Entreprises responsables, *Feuille fédérale suisse*, 2017, pp. 5999 et s., en particulier p. 6030. Le texte parle des effets «d'une atteinte indirecte à la souveraineté» basés sur la perception potentielle d'autres gouvernements mais n'analyse pas l'article 2, § 7, de la Charte des Nations Unies ou d'autres normes (conventionnelles ou coutumières) concernant le principe de non-ingérence).

⁶¹ *Feuille fédérale suisse*, *ibid.*, pp. 5999 et s., en particulier p. 6041.

⁶² A. HERTOGEN, «Letting Lotus Bloom», *European Journal of International Law*, 2016, vol. 26, n° 4, pp. 901-926.

⁶³ Cour permanente de justice internationale. Affaire du «Lotus», 7 septembre 1927, série A. n° 10, 19. La Cour permanente de justice internationale, à l'époque présidée par Max Huber, conclut que l'étendue extraterritoriale des législations internes est permise si l'effet de cette législation est *prescriptif et adjudicatif* (mais pas exécutif), s'il y a un lien suffisant entre l'État et les faits à l'étranger et s'il n'y a aucune interdiction en droit international public. Pour un résumé: O. DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, Université Catholique de Louvain, Louvain, 2006, pp. 28 et s.

donc un devoir aux entreprises rattachées à l'État qui légifère, mais elles ne créent aucune nouvelle obligation pour un autre État.

Comme nous venons de le constater, ces législations visent à influencer des situations à l'étranger. Ce constat n'implique pas une ingérence dans les affaires internes d'un autre État, étant donné que la responsabilité pour le non-respect des droits humains ou des normes internationales ne concerne pas directement les acteurs étrangers, mais les entreprises rattachées au «home state» et opérant à l'étranger. Il s'agit d'un effet extraterritorial prescriptif et adjudicatif avec un lien de rattachement entre l'État et les entreprises. De plus, les États se sont eux-mêmes incités et encouragés à intégrer les Principes directeurs de l'ONU dans leurs législations nationales⁶⁴, et ceux qui adoptent de telles dispositions nationales contribuent ainsi à empêcher l'exercice d'activités économiques qui mènent à des abus des droits humains à l'étranger⁶⁵. Le champ d'application spatial de telles dispositions législatives nationales, notamment si le devoir de diligence est combiné avec des voies de recours, fournit aux victimes un moyen de contrer au moins certains abus dans un système économique mondial dans lequel ils ne sont souvent pas entendus. Le reproche que la disposition serait contraire à la souveraineté des autres États ou un impérialisme juridique est donc infondé.

En guise de conclusion intermédiaire, les États sont sans doute obligés de légiférer et de réglementer le comportement des entreprises afin d'assurer le respect des droits humains dans deux des trois volets du champ d'application spatial (leur territoire et leur juridiction extraterritoriale). Le troisième volet représente une «zone» extraterritoriale dans laquelle la juridiction de l'État qui légifère n'existe pas, mais le «home state» a, au minimum, le droit⁶⁶ de réglementer le comportement de ses entreprises à l'étranger.

⁶⁴ Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.*, Principes 25 et 26. Cela est d'ailleurs aussi clairement la direction prise par les négociations du traité contraignant. K. NADAKAVUKAREN SCHEFER, «Social Power, Social Responsibilities, and Corporations: From CSR to Business and Human Rights», *Revue de droit suisse*, 2020, vol. 139, n° 2, pp. 8-95, ici pp. 54 et s.; Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, *2nd revised draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, 6 août 2020, art. 6 à 9. Pour une analyse des prises de positions des experts mandatés par les États: N. BERNAZ, «State Obligations with Regard to the Extraterritorial Activities of Companies Domiciled on Their Territories», in C. Buckley et al. (éd.), *Towards convergence in international human rights law: approaches of regional and international systems*, Brill, Nottingham, 2017, pp. 435-453.

⁶⁵ Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.*, Principe 2 et commentaire.

⁶⁶ C. METHVEN O'BRIEN, *op. cit.*, p. 53. Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.*, commentaire au Principe 2.

3. Troisième question : les États peuvent ou doivent-ils étendre l'application des normes internationales aux entreprises actives en dehors de leur juridiction ?

Pour aller plus loin, il convient enfin d'analyser si des sources internationales autres que les instruments sur les droits humains permettent aux États d'exiger des entreprises qu'elles respectent les droits humains en dehors de leur juridiction. De manière générale, les instruments internationaux adoptés ou soutenus par les États encouragent ces derniers à étendre l'application de certaines normes à « leurs » entreprises en matière de droits humains⁶⁷.

Comme indiqué précédemment, il existe certaines obligations en matière de droits humains de prévenir des abus des droits humains en dehors de la juridiction étatique et de coopérer pour mettre fin à des abus⁶⁸. Cela dit, nous pouvons retenir que les obligations en matière de droits humains, même si elles sont centrales à la construction et à la légitimité du champ d'application extraterritorial de législations en droit national sur les devoirs des entreprises en matière de droits humains à l'étranger, ne constituent pas les seules normes pertinentes. L'obligation éventuelle de l'État d'exiger des entreprises qu'elles respectent certaines normes internationales à l'étranger peut aussi découler des obligations de ne pas permettre des activités qui causent des dommages environnementaux dans d'autres États⁶⁹. Comme l'illustrent les enjeux des « affaires climat », des obligations internationales en matière d'environnement peuvent se chevaucher avec des intérêts en matière de droits humains et le droit international de l'environnement peut contenir des obligations pour les États de réglementer la conduite de « leurs » entreprises.

⁶⁷ Par exemple Principes directeurs de l'ONU, *op. cit.*, Principe 1; Comité des ministres, Recommandation CM/Rec (2016) 3 du Comité des ministres aux États membres sur les droits de l'homme et les entreprises, 2016, §§ 20 et 36. Le Comité des ministres recommande aux États membres de promulguer des règles obligatoires de diligence raisonnable des droits humains pour les entreprises, au moins dans les domaines où il existe des risques significatifs. Il s'agit également de l'approche du groupe de travail qui est en train d'élaborer, au sein des Nations Unies, un instrument juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises, cf. Groupe de travail intergouvernemental, *op. cit.*, art. 6 à 9.

⁶⁸ Voy. *supra*, les notes de bas de page n° 37 à 39.

⁶⁹ Voy. la sentence arbitrale dans *l'Affaire de la fonderie de Trail (Canada c. États-Unis)*, 16 avril 1938 et 11 mars 1941, Recueil des Nations Unies, vol. 3, pp. 1905-1982, ici p. 1965, avec la citation fameuse que « no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by the emission of fumes in or transported to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and injury is established by clear and convincing evidence ».

Conclusion

Nous avons analysé si ou dans quelle mesure les États exercent une compétence extraterritoriale en matière de droits humains quand le législateur national exige des entreprises qu'elles respectent certaines normes dans leurs activités à l'étranger. L'analyse a permis de dégager trois volets distincts du champ d'application spatial de telles législations nationales.

Concluons que le droit international public permet aux États d'adopter de telles législations, voire les oblige ou en tout cas les incite à le faire. Même si le débat juridique se concentre sur les dimensions « extraterritoriales », les législations en matière de conduite responsable des entreprises contiennent toujours une dimension interne à la juridiction territoriale de l'État qui légifère (le premier volet du champ d'application spatial). Le deuxième volet couvre les situations rares dans lesquelles un État exerce un contrôle sur les titulaires des droits à l'étranger et est ainsi obligé d'agir pour protéger les droits humains contre des abus qui émanent des activités des entreprises. Le troisième volet – au cœur des débats actuels – concerne les effets extraterritoriaux des législations nationales en absence de juridiction en matière de droits humains. Étant donné que les législations nationales visent des acteurs rattachés à la juridiction de l'État qui légifère, il ne s'agit pas de l'exercice d'une compétence extraterritoriale. Les législateurs nationaux ont le droit et sont encouragés par les Nations Unies à adopter de telles législations et peuvent être convaincus en l'absence de violation de la souveraineté d'autres États par ce type de législation.