

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldudroittransnational.it

Droit transnational, droits humains et devoir de vigilance

Jean-Baptiste Racine

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas (Paris II)

Le droit transnational a fait l'objet de travaux universitaires importants, depuis que Jessup a initié la formule¹. Il est au cœur d'un renouvellement du droit, celui-ci n'étant pas nécessairement ancré dans un ordre juridique national. L'idée même d'un droit transnational est celle d'un droit transcendant les frontières et permettant d'établir des règles communes ou similaires par un dépassement du singularisme national. Disons que dans un monde fracturé, divisé, touché par le retour de la conflictualité et la montée des populismes, le droit transnational n'a jamais été aussi important. Le droit est un langage ; il permet de se parler. Le droit transnational est un langage à l'échelle mondiale ; il permet aux personnes venant du monde entier, de cultures différentes, de se parler, de se comprendre et d'échanger entre elles. Le droit transnational contribue ainsi à élaborer un monde commun, un vivre-ensemble planétaire. Certes, le droit ne peut pas tout : il ne peut, à lui seul, être facteur de paix, de concorde et de prospérité. Mais il doit jouer tout son rôle. Le droit transnational, dans cette période de crise, apparaît comme un enjeu central.

Le droit transnational a une importance particulière s'agissant des droits humains. Classiquement, le droit transnational relève plutôt du droit des affaires. Il se ramène historiquement à des règles et principes transnationaux utilisés pour servir les besoins du commerce international (ce qui établit une parenté avec la *lex mercatoria*). Cependant, le droit transnational ne se limite pas aux seuls aspects marchands. Il est un outil permettant de servir de multiples intérêts, y compris des valeurs non marchandes². Dans cette perspective, le droit transnational peut servir à garantir les droits humains.

Le lien est naturel avec le mouvement *Business and Human Rights* : comment faire respecter par les entreprises les droits humains, potentiellement affectés par leurs activités ? C'est la grande entreprise qui est principalement visée, celle qui déploie ses ailes partout dans le monde : l'entreprise *transnationale*. C'est une entreprise qui est constituée juridiquement comme un groupe de sociétés, mais qui agit et est perçue comme une seule et même entité, au-delà de la forme juridique. Elle est transnationale en ce que son activité transcende les frontières et joue avec les ordres juridiques étatiques.

Le droit transnational est fait pour l'entreprise transnationale. À ce titre, les dispositifs sur le devoir de vigilance appréhendent, en creux, le caractère transnational de l'entreprise. Il faut franchir un certain seuil pour qu'une entreprise soit assujettie au devoir de vigilance, ce qui en pratique concerne les entreprises déployant leur activité, *via* des filiales ou des sous-traitants, dans plusieurs pays. L'objectif même du devoir de vigilance est de faire en sorte que les droits humains ne soient pas affectés où que l'activité se déploie, y compris dans des pays où les droits humains ne sont pas ou sont faiblement

¹ *Transnational Law*, New Haven, Yale University Press, 1956.

² B. Oppetit, « Droit du commerce international et valeurs non marchandes », in *Études de droit international en l'honneur de P. Lalive*, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 309.

Vol. 1 – 2024

protégés. Une entreprise transnationale ne peut pas et ne doit pas profiter d'un dumping normatif en matière de droits humains et faire à l'autre bout du monde ce qu'elle ne pourrait pas faire chez elle.

Le droit transnational est spécialement convoqué. Tout d'abord, il sert de référentiel au devoir de vigilance. La loi française du 27 mars 2017 est muette sur la nature des droits humains dont les entreprises doivent prévenir, par l'adoption de mesures raisonnables, la violation (contrairement à la directive européenne sur le devoir de vigilance qui contient une annexe avec une liste des droits humains concernés³). En toute hypothèse, il est simple de se référer à des référentiels existants, qui forment, selon nous, un véritable « droit transnational des droits humains ». Le texte principal, dans cette perspective, vient de l'ONU, à travers les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011. On peut y ajouter le Pacte mondial de l'ONU de 2000 ou les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Peu importe que tous ces textes soient non obligatoires et forment de la *soft law*. L'approche en termes de droit transnational oblige en effet à dépasser l'opposition binaire et simpliste entre droit contraignant et droit souple, car le « pédigrée »⁴ d'une norme est secondaire.

Ce qui compte ce sont les normes qui guident effectivement les acteurs et qui tendent à s'imposer comme standards. Au titre du devoir de vigilance, les entreprises peuvent puiser dans les ressources des référentiels existants, en particulier le guide interprétatif « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme »⁵. Ensuite, au titre du devoir de vigilance, l'action des entreprises est convoquée. Il leur revient, par l'adoption d'un plan de vigilance, de prendre les mesures aptes à éviter la réalisation d'atteintes aux droits humains, en un lieu quelconque où leur activité se déploie. C'est alors le droit transnational venant de l'entreprise qui est mobilisé.

En effet, l'entreprise peut être vue comme un véritable ordre juridique qui secrète sa propre normativité⁶. L'entreprise qui agit dans un espace transnational crée une forme de droit lui-même transnational : plan de vigilance, codes de conduite, contrats-types, clauses-types, conditions générales, etc. Là où l'action d'un État est entravée par les frontières de son territoire, une entreprise transnationale a un champ d'action qui se joue des frontières nationales. L'espace de l'entreprise est lui-même transnational et le droit qu'elle porte l'est tout autant. Que l'on songe par exemple aux clauses « droits humains » qui fleurissent tout au long des chaînes de valeur : la garantie des droits humains ne vient pas d'une loi (souvent faible ou ineffective), mais du contrat (qui est du droit dur !). C'est une forme de droit transnational privé. L'entreprise sert ainsi de relais à l'État, ce dernier utilisant le pouvoir de l'entreprise, dont son pouvoir normatif, pour réaliser les buts qu'il lui assigne⁷.

Le droit transnational se nourrit également de l'arbitrage. C'est en effet par le canal de la justice privée qu'il se réalise. Ce n'est donc pas un hasard si l'arbitrage est désormais

³ Dir. (UE) 2024/..., 13 juin 2024, mod. dir. (UE) 2019/1937 et règl. (UE) 2023/2859.

⁴ B. Frydman et G. Lewkowicz, « Les codes de conduite, sources de droit global ? », *Série des Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit* n°2012/02, spéc., p. 7.

⁵ ONU, 2012.

⁶ J.-Ph. Robé, « L'ordre juridique de l'entreprise », *Droits*, 1997, p. 163.

⁷ I. Parachkévova-Racine et J.-B. Racine, « L'entreprise vigilante. Promesses et perspectives », *Rev. int. dr. éco.*, 2023, p. 163.

Vol. 1 – 2024

prôné comme solution juridictionnelle aux litiges portant sur le respect des droits humains par les entreprises. Le Règlement de La Haye sur entreprises et droits humains de 2019 va précisément en ce sens⁸. Il est remarquable de noter que l'article 46.4 de ce Règlement indique que "*In all cases, the arbitral tribunal [...] shall take into account any usage of trade applicable to the transaction, including any business and human rights standards or instruments that may have become usages of trade*". Le lien est ainsi fait entre les standards et instruments relatifs au respect des droits humains par les entreprises et les usages du commerce.

Ce mouvement aboutit à une désétatisation des droits humains⁹. En effet, historiquement, les droits humains ont longtemps été stato-centrés. S'observe à présent un mouvement de « privatisation » des droits humains, entendu comme leur application aux acteurs privés (ce qui se ramène aussi à un mouvement d'horizontalisation). Dans une perspective de droit transnational naît ainsi une forme de *lex humanis*, autrement dit un droit transnational des droits humains. Le lien peut être fait avec la *lex mercatoria*. John Ruggie lui-même pensait que les droits humains (en particulier à travers les Principes directeurs de l'ONU) ajoutaient un plus à la *lex mercatoria*¹⁰. Il ne faut donc pas penser que le droit transnational donne uniquement des outils aux acteurs du marché et vise seulement à fluidifier les relations d'affaires. Il est également là pour faire en sorte de préserver, avec ses ressources, les valeurs de la démocratie et de l'État de droit.

⁸ <https://www.cilc.nl/project/the-hague-rules-on-business-and-human-rights-arbitration/>. Pour des commentaires, W. Brillat-Capello, "The Hague Rules on business and human rights arbitration : l'arbitrage comme outil de respect des droits humains", *Rev. arb.*, 2020, p. 377 ; C. Kessedjian, "*The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration* ou comment l'arbitrage et la médiation peuvent renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises", *JDI*, 2021, p. 71 ; F. Seatzu et P. Vargiu, « Les règles de La Haye sur l'arbitrage en matière d'entreprises et de droits de l'homme : un succès ou une utopie ? », *J. dr. trans.*, 2023.

⁹ L. Hennebel, « Les droits de l'homme dans les théories du droit global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 140. Du même auteur, « Penser les droits de l'homme, l'État de droit et les valeurs démocratiques à l'aune du droit global », in C. Bricteux et B. Frydman (dir.), *Les défis du droit global*, Bruylant, 2017, p. 63.

¹⁰ J.G. Ruggie & J.F. Sherman III, "Adding Human Rights Punch to the New Lex Mercatoria: The Impact of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights on Commercial Legal Practice", *J. int'l. Disp. Settl.*, 2015, p. 455. V., aussi, R.S. Steinhardt, "Corporate Responsibility and the International Law on Human Rights: The New Lex Mercatoria", in P. Aston (ed), *Non-State Actors and Human Rights*, OUP, 2005, p. 177.