

Juliette Lelieur (DRES, UMR 7354)
Delphine Porcheron (CDPF, EA 1351)
Mélanie Schmitt (DRES, UMR 7354)

Université de Strasbourg

(v. décembre 2017)

**INTERSTICES DE TRANSNATIONALITE
ET PROTECTION DES DROITS HUMAINS.**

La protection des droits humains est étroitement liée aux États. Ceux-ci consacrent ces droits dans leur ordre juridique, assurent leur respect par leur gouvernement et leurs juridictions, s'accordent avec d'autres États pour les promouvoir à l'échelle internationale – régionale ou mondiale – et répondent de leur mise en œuvre devant des juridictions spécialisées comme, par exemple, la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette relation intime entre les États et la protection des droits humains a une double conséquence. D'une part, la mise en œuvre des droits humains se pense, s'organise et s'accomplit en priorité dans le champ géographique d'action de l'État : le territoire national. D'autre part, les États sont, en principe, prioritairement liés par l'obligation de respecter les droits humains et de les faire respecter. Dans cette construction normative moderne, les acteurs privés ne sont pas directement visés comme **responsables de la protection des droits humains**¹.

La grande mobilité dans laquelle s'inscrit la société contemporaine invite l'ensemble des acteurs privés – particuliers, entreprises, travailleurs et employeurs, sociétés commerciales et groupes multinationaux, honnêtes gens et délinquants –, à franchir fréquemment des frontières. Ainsi, une multitude de situations juridiques se créent dans un contexte que nous qualifierons, pour cette recherche, de « transnational », les situations transnationales désignant un ensemble de faits qui comprend le franchissement d'une ou plusieurs frontières par des personnes physiques ou morales. L'étude portera plus spécialement sur les franchissements à vocation commerciale ou économique, impliquant essentiellement trois disciplines : le droit international privé, le droit pénal et le droit social.

Les droits humains n'ont pas été conçus pour s'appliquer spécifiquement dans ces situations, qui se déploient au croisement de plusieurs souverainetés et mettent en jeu les relations transnationales entre personnes privées, et que nous appellerons « **interstices de transnationalité** ». En effet, à l'époque où la plupart des textes les consacrant ont été adoptés, la mobilité actuelle n'existait pas, les relations commerciales et investissements transnationaux étaient encore peu répandus, si bien que les interstices de transnationalité faisaient figures d'exception.

Il arrive que les droits humains trouvent application dans ces interstices. Cela se produit naturellement lorsque les systèmes juridiques impliqués dans la situation de transnationalité

¹ Sur la question essentielle de la responsabilité, v. A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF, 2015.

reconnaissent les mêmes droits au même niveau de protection ou lorsqu'une norme ou technique juridique intègre les droits humains pour répondre à de telles situations. Dans d'autres cas, une adaptation des principes conçus à l'origine dans un cadre ou conception national est nécessaire. Elle consiste en leur prolongation au-delà des frontières ou « transnationalisation ». Ainsi, en droit pénal, l'exigence de réciprocité d'incrimination surplombant l'entraide judiciaire internationale prolonge le principe de légalité des délits et des peines, consacré à l'article 7 CEDH. En droit social, l'application des droits de négociation et d'action collectives, consacrés à l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, a été étendue par la Cour de justice à des situations transnationales. En droit international privé, la notion d'ordre public international – à forte dimension étatique – s'adapte à l'arbitrage international en se détachant des conceptions du for pour devenir un ordre public *transnational*.

Cependant, un certain nombre d'interstices de transnationalité forment des **îlots de résistance** à la mise en œuvre des droits humains. Les États eux-mêmes, ou des acteurs privés, en profitent parfois pour faire prévaloir d'autres intérêts. Comme aspirés par le vide, les droits humains tombent alors dans des *gaping holes*², souvent à l'abri des regards.

Tentés par la facilité, les États peuvent se montrer moins regardants dans les interstices de transnationalité qu'au cœur de leur territoire. Il est plutôt rare que les autorités de plusieurs États commettent de concert des violations³. Celles-ci résultent plus fréquemment d'une simple inaction⁴. Un État peut également laisser un acteur privé ou un autre État commettre une violation pour en tirer ensuite profit⁵. Enfin, le respect de certains droits humains peut nécessiter que les États adaptent leurs procédures, ce dont ils ne se préoccupent pas toujours⁶.

Par ailleurs, si aucun des États concernés par un interstice de transnationalité ne se fait le gendarme de la mise en œuvre des droits humains, il est évident que les acteurs privés, qui ne sont pas – ou moins directement – liés par l'obligation de respecter les droits humains, risquent d'exploiter l'interstice pour privilégier leurs intérêts commerciaux sur les droits d'autrui. Parfois, les obligations positives des États imposent à ces derniers de faire respecter les droits humains par les personnes privées. Cependant, la prolongation des obligations positives dans les interstices de transnationalité reste délicate.

² Horatia Muir-Watt, *Private International Law Beyond the Schism*, *Transnational Legal Theory* 2 (3), 347-428.

³ Par exemple, deux États prolongent artificiellement la détention provisoire d'un suspect en se demandant mutuellement, et à plusieurs reprises, sa remise par voie de mandat européen, contrairement à l'esprit de l'article 5 CEDH.

⁴ Lors du contrôle des décisions étrangères en matière civile et commerciale, l'État requis qui s'abstient d'examiner le respect par le jugement étranger des exigences du procès équitable viole le droit au procès équitable protégé par l'article 6 CEDH. L'inaction de l'État requis au moment du contrôle de la décision étrangère est d'ailleurs aujourd'hui encouragée par le droit de l'Union européenne. Ce dernier prône une circulation facilitée, voire même une circulation automatique, des décisions en matière civile au sein de l'espace européen.

⁵ C'est le cas notamment lorsqu'une multinationale en collusion avec les autorités étatiques locales participe à la commission d'actes de violences, tortures et tueries sur la population pour l'extraction de matières premières ; en matière d'entraide judiciaire pénale, il peut arriver qu'un État requis par un autre État pour effectuer un acte d'enquête commette une violation de l'article 8 CEDH lors de la réalisation dudit acte, et que l'État requérant en exploite silencieusement les résultats.

⁶ Par exemple, le droit à être assisté par un avocat prend une dimension différente avec la vidéoconférence en tant qu'instrument que coopération judiciaire : comme l'avocat sert à la fois à conseiller son client et à convaincre le juge, si le client se trouve dans un pays A et qu'il est interrogé par un juge dans un pays B par vidéoconférence, il pourrait s'avérer utile d'avoir deux avocats : l'un avec le client, l'autre au tribunal. Ici, la transnationalisation du droit à l'avocat impliquerait le dédoublement de l'avocat.

Face aux interstices de transnationalité, **plusieurs types de réponses** apparaissent.

Le premier type consiste en une **adaptation des disciplines juridiques** qui s'efforcent de développer des méthodes, techniques ou concepts nouveaux pour faire pénétrer les droits humains au sein des interstices. Par exemple, la méthode conflictuelle en droit international privé mérite un renouveau dans son approche. La réflexion pourra porter tant sur la méthode conflictuelle que sur le développement de procédés concurrents telles les lois de police⁷. En droit social, l'approche plus souple développée par les normes de RSE se combine désormais avec les normes issues du droit national et international « classique ». L'Organisation internationale du travail a ainsi complété sa méthode normative traditionnelle – des conventions internationales à destination des États membres – en adoptant, dès 1977, une Déclaration s'adressant non seulement aux gouvernements, mais également aux entreprises multinationales elles-mêmes⁸. Révisé dernièrement en mars 2017, notamment pour retranscrire sur les « principes Ruggie »⁹, ce texte reconnaît la responsabilité de ces entreprises dans le respect des droits humains des travailleurs.

Le deuxième type de réponses part des droits humains et œuvre à leur **transnationalisation**. Ainsi par exemple, le droit à ne pas être poursuivi et jugé pénalement plusieurs fois pour les mêmes faits (ou règle *ne bis in idem*) ne s'applique plus uniquement au sein d'un même État, mais interdit, dans l'Union européenne, que des faits relevant de la compétence pénale de plusieurs États ne soient jugés que par l'un d'entre eux. Mais les droits humains sont-ils tous transnationalisables ? De manière générale, la matière « droits humains » est-elle transnationalisable ? S'agissant des droits humains des travailleurs, la loi française du 27 mars 2017 semble aller en ce sens. Elle impose en effet à certaines sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre dont le siège social est situé en France ou à l'étranger, d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance. Celui-ci doit comporter des mesures propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, quel que soit l'État dans lequel l'ensemble de ces sociétés opère.

Enfin, un troisième type de réponses porte sur **les procédés d'harmonisation ou d'uniformisation** du droit à effet direct. Comment intégrer le plus efficacement possible les droits humains dès l'élaboration de la norme supra ou transnationale ? Dans le contexte européen, par exemple, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 a permis la relance du processus d'harmonisation sociale, les directives adoptées par la suite visant à mettre en œuvre les droits ainsi solennellement consacrés. Dans le même sens, les normes sociales adoptées plus récemment, comme les normes élaborées au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne doivent respecter les droits fondamentaux, en vertu des articles 151 et 67 TFUE¹⁰. Se conformant également à

⁷ En matière d'actions en responsabilité mettant en jeu une violation des droits humains, l'adoption d'une compétence civile universelle et d'une option permettant l'application d'une loi autre que la loi locale sont-elles pertinentes ? En matière de reconnaissance des décisions étrangères, la création d'une « exception droits humains » pourrait-elle être envisagée ?

⁸ Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, 1977.

⁹ 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, 2011.

¹⁰ L'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne conforte cette obligation.

cette obligation, les règlements en matière de coopération judiciaire civile indiquent aujourd'hui dans leur préambule leur respect des droits fondamentaux. Est-ce suffisant ? N'est-ce pas parfois une simple formule de style ?

En droit pénal, l'évolution semble plus nette. Ainsi, par exemple, la décision-cadre instituant le mandat d'arrêt européen ne prévoyait pas de voie de recours contre la décision d'exécuter le mandat d'arrêt européen prise par l'autorité judiciaire d'exécution. Après avoir saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle, le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité, pour non-respect du droit au recours, de la norme de transposition dans le Code de procédure pénale¹¹. Désormais le droit au recours est prévu dans les textes de l'Union européenne fondés sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière pénale, par exemple dans la directive relative à la décision d'enquête européenne.

En droit social, une forme d'**harmonisation privée** émane des entreprises et groupes transnationaux¹² qui créent leurs propres normes en adoptant des « accords-cadres internationaux » destinés à s'appliquer à l'ensemble des travailleurs concernés par leurs activités économiques, y compris les travailleurs employés par leurs filiales, leurs sous-traitants, voire l'ensemble de leurs partenaires commerciaux. Ce faisant, ces normes privées tendent à garantir le respect des droits humains reconnus par l'Organisation internationale du travail dans le traditionnel contexte interétatique (phénomène de « privatisation » de la protection des droits humains). Parallèlement, les programmes de conformité des groupes multinationaux privatisent d'une certaine manière le droit pénal, dans le sens où ils imposent des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions comme la corruption, les atteintes à l'environnement ou encore à la santé et à la sécurité des travailleurs.

La présente recherche ambitionne d'élaborer une **typologie des interstices de transnationalité** qui transcende les trois disciplines juridiques étudiées. Il s'agit de déterminer des critères permettant de faire émerger des catégories d'interstices. Une classification, non par matière, mais par type d'interstice sera proposée. L'une des pistes de réflexion consistera ensuite à déterminer si une correspondance entre les **types de réponses** et les catégories d'interstices existe, et à évaluer la pertinence des réponses. Le croisement des disciplines juridiques permettra également de mesurer les obstacles et résistances communs ou propres à chacune d'elles, ainsi que leurs interactions. Il s'agira enfin d'envisager les **implications épistémologiques** des interstices de transnationalité et des réponses qui leur sont apportées, en s'intéressant à la manière dont les disciplines sont affectées, perturbées, remodelées et repensées par l'appréhension de ces situations.

¹¹ Cons. Const. 4 avr. 2013, n° 2013-314P QPC.

¹² V. A. Supiot (dir.), *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015.

METHODOLOGIE

Le projet de recherche sera ponctué de quatre journées d'étude se tenant le premier semestre 2018. L'objectif est d'engager une discussion collective portant sur les pistes de réflexion proposées par les porteurs du projet. Il se conclura par la rédaction d'un ouvrage collectif et sa présentation lors d'un colloque final.

- Lancement du projet de recherche, 26 janvier 2018

Présentation du projet : Juliette Lelieur, Delphine Porcheron, Mélanie Schmitt

Discutants:

- Horatia Muir-Watt, professeur à l'Ecole de droit de Sciences Po
- Dominique Ritleng, professeur à l'Université de Strasbourg
- Patrick Wachsmann, professeur à l'Université de Strasbourg

- Identification des interstices et construction d'une typologie
 - Interstices et droit social : mai 2018
 - Interstices, responsabilité civile et droit international privé : début juin 2018
 - Interstices et droit pénal : fin juin 2018

- Typologie et évaluation des réponses (automne 2018)
- Ouvrage et colloque de restitution des travaux (2019)

ARTICULATION PRESENTIEE POUR LA RESTITUTION DES TRAVAUX

- I. Typologie des interstices ou comment se manifestent les discontinuités dans la protection des droits humaines ?

- II. Typologie des réponses ou comment garantir/rétablir la continuité des droits humains ?

- III. Implications épistémologiques ou comment l'appréhension des interstices par les disciplines juridiques détermine l'évolution de ces disciplines ?