

## CHAPITRE II DES SOURCES NORMATIVES MULTIPLES

### SECTION I – LES PRINCIPES DIRECTEURS DES NATIONS UNIES ET DE L’OCDE À L’INTENTION DES ENTREPRISES MULTINATIONALES SUR LA CONDUITE RESPONSABLE DES ENTREPRISES

*Fabrizio Marrella*

#### INTRODUCTION : UNE RELATION BIUNIVOQUE

Le débat au sein de l’Organisation des Nations Unies sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l’homme ne date pas du XXI<sup>e</sup> siècle mais a une histoire qui commence à la moitié du siècle passé et qu’il serait trop long de rappeler ici (236). Wolfgang Friedmann suggère déjà en 1964 que les sociétés privées participent à l’évolution du droit international moderne (237), une question que, **disait avec grande** **préoccupation** Antonio Cassese, les États n’ont pas voulu considérer (238) mais, qu’en doctrine, Dominique Carreau a bien mise en évidence face à la transnationalisation du droit international contemporain (239).

(236) Voy. à ce sujet F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l’homme et activités des sociétés transnationales », in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33-435 ; L. D’AVOUT, *L’entreprise et les conflits internationaux de lois*, Brill Nijhoff, 2019 ainsi que SFDI ; L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, J.-L. ITEN et V. TOMKIEWICZ (sous la direction de J.-L. ITEN), *L’entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pedone, 2017 ; D. CARREAU, P. JULLIARD, R. BISMUTH et A. HAMANN, *Droit international économique*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017 ; P. MUCHLINSKY, *Multinational Enterprises and the Law*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford, OUP, 2021 et les références citées. Dans la littérature plus ancienne voy. spéc. D. VAGTS, « The Multinational Enterprise. A new Challenge for Transnational Law », in *Harvard L. Rev.*, 1969-1970, pp. 739 à 792 ; B. GOLDMAN et Ph. FRANCESCOAKIS (dir.) *L’entreprise multinationale face au droit international*, Paris, Litec, 1977, *passim* ainsi que P. PICONE et G. SACRODOTI, *Diritto internazionale dell’economia*, Milan, Franco Angeli, 1989, 699 *ss.* et les références citées.

(237) W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, 1964, p. 230.

(238) A. CASSESE, *International Law in a Divided World*, 1986, p. 103. Voy. aussi A. CLAPHAM, « The Question of Jurisdiction under International Criminal Law over Legal Persons: Lessons from the Rome Conference on an International Criminal Court », in M.-T. KAMMINGA, **Saman Zia-Zarifi** (eds.), *Liability of Multinational Corporations under International Law*, 2000, pp. 149 à 195.

(239) D. CARREAU, *Droit international*, Paris, Pedone, 1986 ; aujourd’hui 13<sup>e</sup> éd. avec A. HAMANN et F. MARRELLA, 2022 ; ainsi que Carreau, Flory et Juillard, *Droit international économique*, Paris,

Le droit du commerce international à notre époque ne laisse pas de doutes à ce propos (240).

Ce qu'il est intéressant de remarquer ici tout d'abord, c'est le « va-et-vient » normatif entre les Principes de l'OCDE et les Principes directeurs de l'ONU car la relation entre ces deux ensembles de règles internationales de *soft law* n'est pas unidirectionnelle mais bidirectionnelle.

Au début, et c'est déjà l'époque des débats sur le nouvel ordre économique international, ce sont les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (dorénavant Principes de l'OCDE) qui fixent le contenu et l'articulation de ces règles. Trente-cinq ans plus tard, arrivent les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU (dorénavant Principes directeurs de l'ONU) avec un contenu normatif plus important et structuré. À la fin du cycle, aujourd'hui, ce sont les Principes de l'OCDE qui, dans leur mise à jour en 2011 et en 2023, se réfèrent aux Principes de l'ONU.

Les Principes directeurs de l'OCDE ont été adoptés le 21 juin 1976. Depuis leur adoption, les Principes directeurs de l'OCDE ont fait l'objet de révisions et de mises à jour périodiques (en 1979, 1984, 1991, 2000 et 2011), la dernière datant de 2023.

Ils sont les normes de conduite responsables des entreprises les plus anciennes en vigueur. Les Principes directeurs de l'OCDE font partie intégrante de la Déclaration de l'OCDE sur l'investissement international et les entreprises multinationales, un ensemble de mesures destinées à favoriser les investissements directs entre États de l'OCDE. Le Comité de l'investissement de l'OCDE supervise les Principes directeurs et organise un échange d'opinions régulier. Sans doute, les Principes directeurs de l'OCDE sont restés, depuis les années 1970, le plus important point de référence soit pour les Organisations internationales économiques, soit pour les ONG comme la Chambre de commerce internationale, soit pour les entreprises (241).

LGDJ, 1980, aujourd'hui 6<sup>e</sup> éd., cit. avec R. BISMUTH et A. HAMANN.

(240) Voy., *inter multos*, I. ARRELLA, *Diritto del commercio internazionale*, 3<sup>e</sup> éd., Milan, Wolters Kluwer, préf. Andrea Cazzolina, 2023 ; M. AUDIT, P. CALLÉ et S. BOLLÉE, *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2019 ; J. BÉGUIN et M. MENJUCQ, *Droit du commerce international*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2019 ; C. KESSEDIAN et V. PRONON, *Droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2020 ; ainsi que J.-C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA et P.-A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 7<sup>e</sup> éd., Madrid, Iustel, 2024.

(241) Voy. R. GEIGER, « Historical Perspectives », in *40 ans des Lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, Pedone, 2018, pp. 21 et s. ; ainsi que M. SCHEKULIN, « An appraisal of the Guidelines success », *ibid.*, pp. 25 et s. et K. TAPIOLA, « The OECD Guidelines as a balanced instrument », *ibid.*, pp. 29 et s. Les reprises se réfèrent souvent à des normes acceptées au niveau international pour satisfaire à leur responsabilité sociétale et répondre aux attentes des parties prenantes en matière de gestion durable des entreprises. Mais il y a une panoplie de

Ils visent l'activité des entreprises multinationales opérant non seulement sur le territoire des pays qui adhèrent aux Principes directeurs de l'OCDE, mais également à partir de ceux-ci. En ce sens, ils comportent une dimension importante d'extra-territorialité et de transnationalité car ils visent l'entreprise multinationale dans son ensemble.

Aussi, bien avant les Principes directeurs des Nations Unies, les Principes de l'OCDE ont été l'outil catalyseur des différents intérêts provenant du monde des gouvernements des Pays riches, des entreprises multinationales, de la « société civile » ainsi que du monde des fonctionnaires « moralisateurs » des quelques organisations internationales (surtout ONU et OIT) (242).

Leur force dérive de leur nature d'instrument non contraignant mais persuasif. Leur nature juridique de *soft law*, non seulement n'a pas réduit leur propagation, mais elle a garanti leur rayonnement mondial et leur adhésion, sur base continue (grâce à leur mise à jour périodique), à l'évolution de la *societas* internationale (243).

Ainsi, au fil des versions révisées dans le temps des Principes de l'OCDE, ils ont intégré des matières émergentes comme le développement durable, la protection de l'environnement, les droits sociaux, les droits humains, la lutte contre la corruption.

Bien plus, à la différence d'autres instruments internationaux de *soft law*, les Principes de l'OCDE ont été assortis d'un *mécanisme de contrôle non judiciaire* mais bien original : le point de contact national (PCN) que les États signataires se sont engagés à gérer. Celui-ci encourage la mise en œuvre des recommandations et peut engager une procédure de conciliation informelle en cas de violation des Principes directeurs de l'OCDE.

---

ces normes et les entreprises préfèrent sans doute un référentiel stable validé par les États. Parmi les autres normes de *soft law* mais d'origine privée en cette matière, il suffit de penser aux règles ISO 26000 (Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale) aux normes certifiées selon des procédures d'audit conduites par des tiers externes (p. ex. ISO 14001 Systèmes de management environnemental).

(242) Voy., *inter alios*, sur la dimension sociologique du droit international M. REISMAN, « The Quest for World Order and Human Dignity in the Twenty-first Century », in *Les livres de poche de l'Association de droit international de La Haye*, 2013 ; ainsi que E. TOURME-JOUANNET, *Le droit international*, Paris, PUF, 2022, *passim*.

(243) La régulation de *hard law* en cette matière est encore un mirage. Depuis 2014, le Conseil des droits de l'homme a adopté la résolution n° 26/9 93 visant à créer un groupe de travail intergouvernemental dont le but est d'élaborer un instrument international juridiquement contraignant « pour régler, dans le cadre du droit international des droits de l'homme, les activités des sociétés transnationales et autres entreprises ». Et lorsque ce traité est adopté, il risque d'être d'application variable faute de ratification de la part des quelques pays (sans parler des réserves) ; ses normes de *hard law* risquent d'être dépassées au vu de l'évolution des problèmes globaux (par ex. le changement climatique, l'intelligence artificielle etc.). En effet, si un traité de *hard law* nécessite d'une COP pour la modification de ses clauses. Ce qui ne se passe pas dans le cadre de la *soft law* qui, comme a fait l'OCDE, peut être mise à jour au besoin.

Donc, il s'agit d'un autre aspect qui a sans doute influencé la rédaction des Principes directeurs de l'ONU car il a bien montré la possibilité des voies autres que judiciaires de traitement de ces litiges complexes et liés aux activités des entreprises multinationales. Surtout, dans un monde où la société mère est à l'abri d'un ordre juridique national et d'un juge national bien éloignés du lieu où les violations sont commises.

Troisième direction d'influence c'est le cadre de l'Union européenne. Ici, tout récemment, il suffit de lire la résolution législative du Parlement européen du 24 avril 2024 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité avec la Position du Parlement européen (244).

Ces actes confirment l'importance des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, ainsi que du Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises dans la conception et formulation du droit européen en cette matière.

## § I – L'APPORT DES PRINCIPES DIRECTEURS RELATIFS AUX ENTREPRISES ET AUX DROITS DE L'HOMME DE L'ONU

### A – *Bref historique*

À la fin des années 1990, à la suite de quelques allégations très médiatisées concernant l'implication de sociétés dans des atteintes aux droits de l'homme, l'ancienne Commission des Droits de l'Homme de l'ONU avait entrepris l'étude des liens entre les entreprises et les obligations internationales en matière de droits de l'homme. En 2003, la Commission avait publié un rapport intitulé « Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises », plus communément appelé « *Projet de Normes* ». Mais ces travaux n'ont jamais abouti (245).

En 2005, le Secrétaire général de l'ONU a désigné le Professeur John Ruggie comme son Représentant spécial sur la responsabilité en matière

(244) Résolution législative du Parlement européen du 24 avril 2024 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 (COM(2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(CO) du site [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329\\_FR.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0329_FR.html). Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 24 avril 2024 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2024/ du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, § 6.

(245) D. WEISSBRODT et M. KRUGER, « Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights », in *AJIL*, 2003, pp. 901 et s.

de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, en lui conférant le mandat de rassembler les parties en vue d'examiner de nouvelles approches. Tout au long de ses travaux, le Professeur Ruggie a adopté une approche multipartite pragmatique, en faisant participer une variété d'interlocuteurs sociaux, y compris des entreprises (246).

Ces travaux ont abouti. Le 17 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté, par consensus, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme. L'adoption de ce texte a marqué un tournant dans la responsabilisation de l'ensemble des acteurs économiques, privés et publics, concernant l'impact de leurs activités sur les droits de l'Homme, décuplé par la mondialisation.

## B – Contenu

Les 31 principes directeurs rédigés par le Professeur John Ruggie proposent un cadre de référence reposant sur trois piliers : protéger, respecter et réparer.

Néanmoins, les Principes directeurs de l'ONU ne créent pas de nouvelles obligations ; ils ne sont pas juridiquement contraignants. Ils offrent un *cadre universel commun* à tous les États et à toutes les entreprises, dans le monde entier, tout en précisant les conséquences qui découlent des normes et pratiques existantes en juin 2008.

Approuvés à l'unanimité par le Conseil des Droits de l'Homme, ils proposent un cadre de politique générale fondé sur trois piliers : 1) L'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des mécanismes appropriés ; 2) la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, autrement dit de faire preuve de diligence raisonnable pour veiller à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui ; 3) l'accès effectif à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires, pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme.

Les Principes directeurs de l'ONU ne prévoient pas de nouvelles obligations mais concrétisent les obligations de protection existantes en matière de droits de l'homme pour le domaine économique (Principes 1-3). Les États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers,

(246) Voy. à ce sujet J. RUGGIE, *Just Business*, New York, W W Norton & Co Inc, 2013, ainsi que F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », in *RCADI*, cit. pp. 33 à 435.

y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire ou sous leur juridiction.

Un Plan d'action national (NAP) expose de façon détaillée la manière dont chaque État met en œuvre les Principes directeurs de l'ONU.

Du côté de l'entreprise, le respect de la législation nationale reste la première étape fondamentale, indépendamment du niveau d'effectivité du droit interne des États concernés. Ainsi, pour chaque entreprise, il est essentiel de mener une évaluation de ses activités à la lumière de la législation des pays où lesdites activités se déroulent.

Une législation nationale de protection des droits humains peut avoir aussi une portée extraterritoriale, exportant les responsabilités des entreprises en dehors de son territoire. Cela peut avoir une influence sur les activités d'une multinationale opérant à l'étranger, qui se fonde sur les règles du pays d'origine plutôt que sur celles du pays où elle opère.

En outre, la législation nationale peut prévoir des mécanismes pour le traitement des différends entre l'entreprise multinationale et les parties prenantes affectées par ses activités ou d'autres dispositions spécifiques relatives aux droits de l'homme, par exemple dans le cas des marchés publics. Elle peut aussi imposer des exigences particulières aux entreprises relevant de la législation sur les sociétés et les valeurs mobilières, ou dont les activités commerciales bénéficient du soutien de l'État, par exemple avec des crédits à l'exportation. De telles enquêtes sont également nécessaires à mesure qu'un nombre croissant de conseils d'administration des sociétés sont assujettis à des obligations en matière de respect des droits de l'homme.

Le second pilier est centré sur la « responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme ». « Respecter », c'est, avant tout, éviter de porter atteinte aux droits d'autrui et parvenir à gérer les effets négatifs des activités d'une entreprise, s'il y a lieu.

Les Principes directeurs de l'ONU (11 à 15) affirment que la « responsabilité de respecter les droits de l'homme » est une norme de conduite générale que l'on attend de toutes les entreprises où qu'elles opèrent. Elle existe indépendamment des capacités et de la détermination des États à remplir leurs propres obligations en matière de droits de l'homme. Cela signifie que les entreprises devraient éviter de porter atteinte aux droits de l'homme d'autrui et remédier aux incidences négatives sur les droits de l'homme dans lesquelles elles ont une part.

C'est la diligence raisonnable (*due diligence*) en matière de droits de l'homme qui est au cœur du deuxième pilier des Principes directeurs de l'ONU (16-21). Ce processus devrait consister à (1) identifier les risques et incidences potentiels et effectifs, (2) prendre des dispositions pour

les minimiser, (3) contrôler l'efficacité des mesures prises, et (4) établir des rapports sur les activités menées et sur les risques identifiés.

Cette « responsabilité de l'entreprise » qui est plutôt une « redevabilité » d'entreprise (247), consiste non seulement à éviter de porter atteinte aux droits de l'homme lors de ses activités, ou d'y contribuer, mais aussi et surtout à prévenir les incidences découlant directement des opérations, produits ou services liés aux relations commerciales, et à en atténuer les effets, même si une entreprise ne prend pas part à ces incidences. Cela fait non seulement référence à des actions mais aussi à des omissions dans la conduite de l'entreprise. C'est là aussi qu'entrent en jeu les partenariats relatifs à des entreprises conjointes, les chaînes d'approvisionnement et les clients.

Les codes de conduite de l'entreprise, les codes des fournisseurs, etc., devraient également être examinés dans ce contexte.

La portée de cette « responsabilité » varie selon l'incidence réelle et potentielle des activités d'une entreprise et de ses relations (partenaires commerciaux, gouvernements, clients).

La « responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme » implique aussi de prendre des mesures dynamiques pour comprendre en quoi les activités actuelles et à venir peuvent avoir une incidence sur les droits de l'homme. Face à tout défi particulier, les entreprises doivent examiner les contextes national et local dans lesquels elles opèrent, et voir comment ces défis peuvent modeler l'incidence de l'entreprise sur les droits de l'homme au niveau local.

L'évaluation des risques doit se faire à la lumière du droit international de tous les droits de l'homme. Tous les droits ne s'appliqueront pas nécessairement aux opérations de l'entreprise, mais c'est à l'évaluateur de le déterminer.

L'entreprise doit non seulement examiner ses propres opérations, mais également celles découlant de ses relations commerciales. Dans ce cadre il est normal qu'une entreprise tienne compte de sa chaîne d'approvisionnement et de sa chaîne de valeur lorsqu'elle examine sa responsabilité de respecter les droits de l'homme, étant donné que les actes ou les manquements de ses fournisseurs peuvent avoir une incidence sur l'image de l'entreprise en matière de droits de l'homme. Ce point est spécifiquement abordé dans les Principes directeurs de l'ONU (Principe 17) ainsi que dans le Chapitre II des Principes de l'OCDE 2023.

---

(247) Voy. à ce sujet F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », in *RCADI*, *cit.*, pp. 211 et s.



La diligence raisonnable est un concept déjà connu des entreprises, en particulier dans le cas des fusions et acquisitions, mais avec la *due diligence* en matière de droits de l'homme, ce sont les risques pour les êtres humains qu'il faut examiner, **et non seulement** les risques pour l'entreprise.

Donner de la visibilité aux actions d'une entreprise est le corollaire naturel de la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Sans cela, il n'est pas possible de prouver l'engagement de l'entreprise sur cette question et de montrer aux consommateurs, clients, partenaires et autres parties prenantes que l'entreprise fait tout son possible pour répondre aux exigences inhérentes au processus. Comme le disait John Ruggie, après l'époque du « *naming and shaming* » l'on rentre dans celle du « *knowing and showing* ».

Il n'est souvent pas exigé des entreprises non cotées en bourse qu'elles fassent rapport de leurs activités ou de leurs résultats à une autorité publique ou à tout autre organisme de contrôle. Les entreprises cotées, ou celles qui publient volontairement des rapports concernant leur responsabilité sociale ou leurs activités en matière de durabilité – comme il arrive dans les Pays de l'Union européenne grâce à la Directive 2014/95/UE relative à la publication d'informations extra-financières par les entreprises (dite Directive NFRD) – peuvent peut-être déjà comment communiquer sur leurs travaux en matière de droits de l'homme. Cela étant, toute entreprise peut collecter des informations sur ses opérations et les mettre à la disposition des parties prenantes, d'une manière relativement simple.

Les Principes de l'OCDE 2023 accentuent ces aspects très importants.

Au sens du troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU (Principes 25 et s.), des voies de recours efficaces pour les victimes d'abus des droits de l'homme sont un élément essentiel de tout système juridique et sont envisagés par tous les principaux traités relatifs aux droits de l'homme.

Tout d'abord, l'on ne se scandalise pas que les Principes directeurs de l'ONU recommandent aux entreprises transnationales de mettre en place des mécanismes permettant à leurs employés et/ou partenaires commerciaux de faire part de leurs préoccupations quant à d'éventuelles atteintes aux droits de l'homme, voire de porter plainte. Il s'agit ici de la gestion intra-entreprise de ces requêtes, par exemple sous forme de médiation.

Ensuite, lorsqu'une solution constructive ne peut pas être trouvée, il appartient à chaque État de mettre à disposition des mécanismes judiciaires et non-judiciaires permettant aux victimes d'obtenir réparation.

Cependant, les Principes directeurs reconnaissent qu'il y a encore un grand nombre d'obstacles concernant l'accès à la justice qui relèvent du droit interne des États. En particulier, il faut songer à « percer le voile corporatif » pour arriver, si les conditions sont réunies, à l'attribution d'une responsabilité juridique, au sens technique, entre les membres d'un groupe de sociétés. Encore, les Principes soulignent les risques de déni de justice dans l'État d'accueil en raison du « *forum non conveniens* » dans les États d'origine, une institution typique du droit international privé (*rectius* droit processuel international) des Pays de *Common Law*. D'autres obstacles sont les coûts afférents au dépôt d'une plainte (la *cautio judicatum solvi*), l'absence de représentation juridique, le manque de possibilités de regrouper les plaintes ainsi que le fait que dans maints pays, les magistrats n'ont pas les ressources, les compétences ou le soutien nécessaire pour procéder à l'encontre d'une entreprise multinationale.

Alors, un sain pragmatisme milite en faveur de la valorisation des mécanismes non judiciaires (Principe directeur 27) (248) car ils permettent souvent aux parties de trouver des solutions par le dialogue, évitant le recours à des procédures judiciaires longues, multinationales et coûteuses. Ces mécanismes vont inclure les institutions nationales des droits de l'homme et surtout les Points de contact nationaux de l'OCDE.

---

(248) D'après les Principes directeurs de l'Onu, les mécanismes de réclamation non judiciaires (relevant ou non de l'État) doivent être : a) *légitimes* : car ils suscitent la confiance des groupes d'acteurs auxquels ils s'adressent et doivent répondre du bon déroulement des procédures de réclamation ; b) *accessibles* : parce qu'ils sont communiqués à tous les groupes d'acteurs, et fournissent une assistance à ceux qui se voient opposer des obstacles particuliers pour y accéder ; c) *prévisibles* : car ils prévoient une procédure clairement établie assortie d'un calendrier indicatif, et un descriptif précis des types de procédures et d'issues disponibles ; d) *équitables* : dans la mesure où ils s'efforcent d'assurer que les parties lésées ont un accès raisonnable aux sources d'information, aux Conseils et aux compétences ; e) *transparents* : ils tiennent les requérants informés du cours de la procédure et fournissent des informations suffisantes sur la capacité du mécanisme ; f) *compatibles avec les droits* : ils veillent à ce que l'issue des recours et les mesures de réparation soient compatibles avec les droits de l'homme ; g) une *source d'apprentissage permanent* : tirer les enseignements propres à améliorer le mécanisme et à prévenir les atteintes futures ainsi que h) les mécanismes de niveau opérationnel devraient aussi être fondés sur la *participation et le dialogue*.

## § II – LES NOUVEAUX PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE (2023)

### A – Introduction

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), créée le 30 septembre 1961 (249), est une organisation internationale qui a pour vocation « de promouvoir des politiques visant à réaliser la plus forte expansion possible de l'économie et de l'emploi et une progression du niveau de vie dans les pays membres, tout en maintenant la stabilité financière, et à contribuer ainsi au développement de l'économie mondiale ; à contribuer à une saine expansion économique dans les pays membres, ainsi que non membres, en voie de développement économique ; à contribuer à l'expansion du commerce mondial sur une base multilatérale et non discriminatoire conformément aux obligations internationales » (250). S'agissant, pour ses détracteurs, d'un « club des pays riches », elle réunit aujourd'hui 38 États membres des cinq continents, de l'Amérique du Nord et du Sud à l'Europe et jusqu'à l'Asie-Pacifique (251).

Elle a notamment adopté, en 1976, des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales (Principes directeurs de l'OCDE) (252). Instrument de *soft law*, qui énonce des « principes et normes volontaires » non juridiquement contraignants, fut révisé en 2011 afin d'intégrer un nouveau chapitre sur les droits humains, alignés sur les Principes directeurs des Nations Unies. Ils contiennent des règles de conduite « destinés à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises » (253).

(249) L'OCDE a succédé à l'Organisation européenne de coopération économique (OECE) fondée aux lendemains de la Seconde guerre mondiale, en 1948, pour regrouper les États européens qui bénéficiaient de l'aide américaine proposée dans le cadre du Plan Marshall. Son siège social est resté à Paris. Voy. C.-A. COLLARD et L. DUBOIS, *Institutions internationales*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 259 et s. ainsi que SFDI, *Le pouvoir normatif de l'OCDE*, Paris, Pedone, 2014.

(250) Art. 1 de la Convention relative à l'OCDE, signée à Paris le 14 décembre 1960.

(251) La liste des États ayant ratifié la Convention relative à l'OCDE est disponible sous [www.oecd.org/fr/apropos/document/ratification-convention-ocde.htm](http://www.oecd.org/fr/apropos/document/ratification-convention-ocde.htm).

(252) Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, Paris, Éditions OCDE, <https://doi.org/10.1787/0e8d35b5-FR>. Voy., *inter multos*, D. CARREAU, P. JULLIARD, BISMUTH et HAMANN, *Droit international économique*, cit., pp. 33 et s. ; B. CHOUDHURY, « Balancing Soft and Hard Law for Business and Human Rights », 67 *International Comparative Law Quarterly*, 2013, p. 961 ; F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », in RCADI, cit., pp. 232 et s. ainsi que N. BONUCCI et C. KESSEDIAN (sous la dir. de), *40 ans des lignes directrices de l'OCDE pour les entreprises multinationales*, Paris, Pedone, 2017.

(253) Préface des Principes directeurs de l'OCDE cit. qui indique aussi que « Les Principes directeurs constituent, en matière de conduite responsable des entreprises, le seul code exhaustif

Le 8 juin 2023, le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a mis à jour ses Principes à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises.

Ce processus fut entamé en novembre 2020 par le Groupe de travail de l'OCDE sur la conduite responsable des entreprises, afin d'assurer la cohérence avec d'autres instruments développés depuis la dernière révision en 2011 (par exemple l'Agenda 2030 de l'ONU ou les guides de l'OCDE sur le devoir de diligence). Ce Groupe prépara un rapport préliminaire sur les principaux accomplissements et défis des Principes. (254) Le rapport fut soumis en 2022 à une consultation publique des parties prenantes. Le résultat est contenu dans les Principes directeurs de l'OCDE 2023 lesquels couvrent désormais les principaux domaines de la responsabilité des entreprises.

## B – Contenu

L'édition 2023 des Principes directeurs contient des recommandations actualisées en matière de conduite responsable des entreprises sur des sujets clés tels que le changement climatique, la biodiversité, la technologie, l'intégrité des entreprises et l'exercice du devoir de diligence dans les chaînes d'approvisionnement.

La première partie est divisée en 11 sections concernant les concepts et principes généraux ainsi y compris les droits humains, les droits du travail, l'environnement, la corruption, les intérêts des consommateurs, la publication d'informations, la science et la technologie, la concurrence et la fiscalité.

L'édition 2023 des Principes directeurs reflète une décennie d'expérience depuis leur dernière révision en 2011. Les principales révisions portent notamment sur les aspects suivants :

- Recommandations adressées aux entreprises afin qu'elles s'alignent sur les objectifs convenus à l'échelle internationale dans le domaine du changement climatique et de la biodiversité ;
- Inclusion d'attentes en matière de devoir de diligence en ce qui concerne le développement, le financement, la vente, l'octroi de

---

convenu à l'échelon multilatéral que les gouvernements se sont engagés à promouvoir. Les recommandations énoncées dans les Principes directeurs expriment les valeurs partagées par les gouvernements des pays dont provient une grande partie de l'investissement direct international et dans lesquels sont implantées nombre des entreprises multinationales parmi les plus grandes ».

(254) Il s'agit du *Stocktaking report on the OECD Guidelines for Multinational Enterprises* au site : <https://mneguidelines.oecd.org/stocktaking-exercise-on-the-oecd-guidelines-for-multinational-enterprises.htm>.

licences, le commerce et l'utilisation des technologies, y compris la collecte et l'utilisation de données ;

- Recommandations sur la façon dont les entreprises devraient exercer le devoir de diligence au regard de leurs impacts et de leurs relations d'affaires (255) liés à l'utilisation de leurs produits et services ;
- Meilleure protection des personnes et des groupes à risque, y compris de lanceurs d'alerte et autres défenseurs des droits de l'homme ;
- Mise à jour des recommandations relatives à la communication d'informations sur la conduite responsable des entreprises ;
- Généralisation des recommandations en matière de devoir de diligence pour lutter contre toutes les formes de corruption ;
- Recommandations adressées aux entreprises afin de faire en sorte que les activités de lobbying respectent les Principes directeurs de l'OCDE ;
- Le renforcement des procédures visant à garantir la visibilité, l'efficacité et l'équivalence fonctionnelle des points de contact nationaux (PCN) sur la conduite commerciale responsable ;

Les Principes directeurs de l'OCDE restent des recommandations que les Gouvernements adressent aux entreprises multinationales. Comme dans le passé, ils visent à encourager la contribution positive que les entreprises peuvent apporter au progrès économique, environnemental et social, et à réduire au minimum les impacts négatifs auxquels leurs activités, leurs produits et leurs services peuvent être associés dans les domaines visés par les Principes directeurs.

Dans la Préface des Principes directeurs OCDE 2023 l'on rappelle les principales mises à jour comprenant un langage actualisé pour tenir compte de l'évolution du contexte politique, économique, technologique, environnemental et sociétal des affaires internationales, y compris le rôle d'une conduite commerciale responsable dans la réalisation d'un commerce et d'investissements durables. L'on souligne aussi l'introduction du principe de la diligence raisonnable fondée sur les risques ainsi que sur sa relation avec le droit national et les questions de responsabilité juridique. L'on insiste sur l'importance de l'environnement juridique et politique pour la conduite responsable des entreprises, y compris l'état de droit et l'espace civique, ainsi que sur le rôle des gouvernements dans la création d'un environnement politique permettant, notamment par un « *smart mix* » de mesures obligatoires et volontaires.

(255) On entend par « relation d'affaires » toute relation avec des partenaires commerciaux, des entités appartenant à la chaîne d'approvisionnement ou toute autre entité, publique ou non, directement liée à ses activités, ses produits ou ses services.

Le premier chapitre rappelle la nature de *soft law* des Principes directeurs, leur champ d'application, leur lien d'intégration (pas d'éviction) avec le droit interne et les moyens de promouvoir leur mise en œuvre. À l'instar des Principes directeurs de l'ONU, les Principes directeurs de l'OCDE soulignent leur caractère transnational et leur application aux entreprises même face à des gouvernements qui ne veulent pas ou ne peuvent pas agir en ce domaine.

Le deuxième chapitre consacré aux politiques générales, souligne que les entreprises devraient exercer une diligence raisonnable (*due diligence*) (256) fondée sur les risques afin d'évaluer et de traiter les incidences négatives liées à leurs activités, produits et services sur les questions couvertes par les lignes directrices.

En reprenant le concept de *due diligence* (257) présent dans les Principes directeurs de l'ONU, les Principes directeurs de l'OCDE ont permis non seulement de le clarifier, mais également de l'étendre à de nombreux domaines dépassant le seul cadre des droits de l'homme comme ceux de l'environnement et du changement climatique, de l'emploi et des relations professionnelles, de la lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et autres formes d'extorsion, et des intérêts des consommateurs ; seul le chapitre fiscal des Principes est exclu de la due diligence. La clarification du devoir de diligence apparaît dans un instrument qui lui est entièrement dédié, le *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises*.

Comme le dit le Parlement européen dans sa position commune du 24 avril 2024, ce guide OCDE ainsi que ses guides sectoriels constituent désormais des cadres internationaux de référence incontournables « qui définissent des mesures pratiques en matière de devoir de vigilance afin d'aider les entreprises à recenser, prévenir et atténuer les incidences négatives réelles et potentielles de leurs activités, de leurs chaînes d'approvisionnement et de leurs autres relations commerciales, et à rendre compte de la manière dont elles traitent ces incidences » (258). Bien plus, le Parlement européen souligne que le devoir de vigilance consiste aussi à publier des informations pertinentes sur les politiques, les processus et les activités de vigilance adoptés par l'entreprise pour recenser

(256) Le concept de devoir de vigilance est également développé dans les recommandations de la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'Organisation internationale du travail (OIT). Voy. en général J.-M. SERVAIS, *International Labour Law*, 7<sup>e</sup> éd., **Kluwer Law Int.**, 2022.

(257) Le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles traitent cette question.

(258) *Ibidem*.

les incidences négatives réelles ou potentielles et y remédier, notamment sur les résultats et conclusions de ces activités (259).

Il convient de préciser que le devoir de diligence devrait être fondé sur les risques (*risk based*), **proportionné** à la gravité et à la probabilité de l'incidence négative (260) et **approprié et proportionné** à son contexte. Lorsqu'il n'est pas possible de traiter toutes les incidences recensées en même temps, une entreprise devrait hiérarchiser l'ordre dans lequel elle prend des mesures en fonction de la gravité et de la probabilité de l'incidence négative.

Les Principes directeurs de l'OCDE (2023) précisent en outre que les entreprises sont censées engager des vraies consultations constructives avec les personnes ou les groupes susceptibles d'être affectés négativement par leurs activités. Ils précisent aussi que la responsabilité ne devrait pas être transférée d'emblée d'une entité ayant une incidence négative à l'entreprise avec laquelle elle entretient une relation d'affaires. Or, déjà la révision des lignes directrices de l'OCDE en 2011 a étendu leur portée aux chaînes de valeur mondiales (*supply chains*). Elles comportent désormais l'attente que les entreprises se comportent non seulement de manière responsable dans le cadre de leurs propres activités, mais aussi dans l'ensemble de leurs relations commerciales. C'est pourquoi, le mécanisme de réclamation couvre des chaînes de valeur mondiale ayant un lien avec des entreprises établies dans l'un des gouvernements adhérents.

Le Chapitre III sur les « Informations à fournir », **demande** aux entreprises de s'aligner sur les Principes révisés de gouvernance d'entreprise du G20 et de l'OCDE, y compris en ce qui concerne la propriété effective, la composition du conseil d'administration pour renforcer la crédibilité des informations sur la conduite responsable des entreprises.

(259) Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 24 avril 2024 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2024/... du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, § 62. Le règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil prévoit d'autres obligations concernant la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers, pour les entreprises financières. Afin de se conformer à leur obligation de communication au titre du devoir de vigilance, les entreprises devraient publier sur leur site web une déclaration annuelle dans au moins une des langues officielles de l'Union, dans un délai raisonnable, mais au plus tard douze mois après la date de clôture du bilan de l'exercice pour lequel la déclaration est établie, sauf si l'entreprise est soumise aux exigences d'information en matière de durabilité prévues par la directive 2013/34/UE. Dans les cas où une entreprise n'est pas tenue de publier des informations conformément à l'article 19*bis* ou à l'article 29*bis* de la directive 2013/34/UE, la déclaration devrait être publiée au plus tard à la date de publication des états financiers annuels.

(260) Une incidence négative sur les droits de l'homme se produit lorsqu'une action supprime ou réduit la capacité d'un individu à jouir des droits de l'homme qui sont les siens.

Le Chapitre IV en matière des droits humains est aligné sur les Principes directeurs des Nations unies. Néanmoins, les Principes de l'OCDE soulignent que les entreprises devraient accorder une attention particulière à toute incidence négative particulière qui frappe en particulier les défenseurs des droits de l'homme, ceux qui peuvent être exposés à un risque accru en raison de leur marginalisation, de leur vulnérabilité ou d'autres circonstances, individuellement ou en tant que membres de certains groupes ou populations, y compris les peuples autochtones. Par ailleurs, les orientations de l'OCDE sur le devoir de diligence fournissent des règles pratiques supplémentaires à cet égard.

Encore, les Principes directeurs de l'OCDE 2023 soulignent le devoir de vigilance accrue en ce qui concerne les incidences négatives, y compris les violations du droit international humanitaire, dans le contexte d'un conflit armé (261).

Le Chapitre V est consacré aux droits sociaux et aux relations industrielles.

Ici, les Principes directeurs de l'OCDE 2023 réaffirment que les entreprises doivent respecter les principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail (OIT) (262) ainsi qu'une série de principes liés à la bonne gestion des relations industrielles, à la formation des travailleurs (*up-skilling* et *re-skilling*) et à des salaires et conditions de travail adéquats. Ils soulignent que les entreprises devraient prendre des mesures pour prévenir la traite des êtres humains, le travail forcé et les moyens coercitifs, y compris la servitude pour dettes, et renforcer la transparence des mesures prises pour faire face aux risques de travail forcé associés à leurs opérations, produits et services.

Les entreprises devraient respecter le droit de constituer un syndicat ou de s'y affilier et de mener des négociations collectives, contribuer à l'abolition effective du travail des enfants, et à l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire et respecter le droit à l'absence de discrimination en matière d'emploi ou de profession.

(261) À ce sujet voy. en général, F. MARRELLA, *L'arbitrage d'investissement et les conflits armés*, Paris, Pedone, à paraître en 2024.

(262) Voy. au site de l'OIT : *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*. La déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en 1998 et modifiée en 2022, exprime l'engagement des gouvernements, des organisations d'employeurs et des travailleurs de respecter les valeurs de base humaines. Il affirme les obligations et les engagements inhérents à l'appartenance à l'OIT, à savoir : a) la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; b) l'abolition de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; c) l'abolition effective du travail des enfants ; d) l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de travail ; et (e) un environnement de travail sûr et sain. Voy. à ce sujet S. HENNION et M. DEL SOL, *et al.*, *Droit social européen et international*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2021 ; ainsi que M. MORSA, *L'Organisation internationale du Travail : Aspects institutionnels et matériels à l'aune des défis sociaux*, préface de A. Lyon Caen, Paris, Anthemis, 2021.



Les entreprises devraient communiquer aux représentants des travailleurs les informations nécessaires à des négociations constructives sur les conditions d'emploi et fournir aux travailleurs et à leurs représentants les informations leur permettant de se faire une idée exacte et correcte de l'activité et des résultats de l'entité ou de l'entreprise dans son ensemble. Les entreprises devraient octroyer les meilleurs salaires possibles (au moins suffisants pour satisfaire les besoins essentiels des travailleurs et de leurs familles), assurer la santé et la sécurité du milieu de travail, avertir dans un délai raisonnable les travailleurs en cas de restructuration ou de fermeture et ne pas menacer de transférer des activités hors du pays en cause en réponse à des négociations sur les conditions d'emploi ou lorsque les travailleurs constituent un syndicat ou s'y affilient.

Dans ce cadre, la formation au perfectionnement et à la reconversion professionnelle devrait anticiper l'évolution future des opérations et des besoins des employeurs, y compris ceux qui répondent aux changements technologiques sociétaux et environnementaux, aux risques et aux possibilités liés à l'automatisation, à la numérisation, à la transition juste et au développement durable.

Le Chapitre VI, consacré à l'environnement, prévoit que les entreprises devraient conserver un système de gestion environnementale prévoyant la collecte et l'évaluation en temps utile d'informations adéquates relatives aux effets potentiels de leurs activités sur l'environnement, la santé et la sécurité, fournir au public et aux travailleurs en temps voulu des informations relatives aux effets potentiels de leurs activités, entrer en communication et en consultation avec les collectivités concernées, et offrir aux travailleurs un enseignement et une formation appropriés sur les questions de santé et de sécurité de l'environnement.

À ce propos, les entreprises doivent veiller à ce que leurs émissions de gaz à effet de serre et leur impact sur les puits de carbone soient compatibles avec les objectifs de température mondiale convenus au niveau international sur la base des meilleures données scientifiques disponibles, y compris telles qu'évaluées par le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC).

Les entreprises devraient ainsi introduire et mettre en œuvre des politiques, des stratégies et des plans de transition fondés sur des données scientifiques en matière d'atténuation du changement climatique et d'adaptation à celui-ci, y compris l'adoption, la mise en œuvre, le suivi et la communication d'informations sur les objectifs d'atténuation.

Les entreprises devraient aussi contribuer à la conservation de la diversité biologique, à l'utilisation durable de leurs composants et au partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, et éviter et combattre la dégradation des terres, des mers et des eaux douces, y compris la déforestation. Dans ce cadre, les entreprises devront prévenir ou atténuer les incidences négatives sur la biodiversité, ainsi que, le cas échéant, contribuer à la gestion durable des terres et des forêts, y compris la restauration, le boisement et le reboisement, y compris la réduction de la dégradation des terres, des mers et des eaux douces.

Enfin, les entreprises doivent respecter les normes en matière de bien-être animal qui sont généralement cohérentes avec le code de l'Organisation mondiale de la santé animale (WOAH).

Le Chapitre VII est consacré à la lutte contre la corruption, la sollicitation de pots-de-vin et d'autres formes d'extorsion. Les entreprises ne devraient pas offrir, octroyer ou exiger un pot-de-vin à des agents publics ou à des salariés en vue d'obtenir ou de conserver un avantage illégitime, ni recourir à des intermédiaires, tels que des agents, à cette fin. Les entreprises devraient interdire ou dissuader de recourir à des paiements de facilitation et devraient veiller à ce que les contributions politiques se conforment intégralement aux règles de publication d'informations et soient portées à la connaissance des dirigeants de l'entreprise.

Le Chapitre VIII est consacré à la matière des intérêts des consommateurs. Les entreprises doivent respecter toutes les normes requises en matière de santé et de sécurité des consommateurs, donner aux consommateurs des informations suffisantes pour leur permettre de prendre leurs décisions en connaissance de cause, leur donner accès à des mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends et des mesures correctrices équitables, s'abstenir de toute affirmation, omission ou toute autre pratique qui soit trompeuse, frauduleuse ou déloyale, et coopérer étroitement avec les autorités publiques pour traiter les menaces graves à la santé et à la sécurité publiques ou à l'environnement résultant de leurs activités.

Le Chapitre IX porte sur la science et la technologie. Les entreprises doivent adopter des pratiques qui favorisent les transferts de technologie de manière à contribuer au développement durable et, le cas échéant, établir des liens avec les établissements publics de recherche sur le plan local. Elles doivent encourager l'adoption, tout au long du cycle de la valeur des données, de la gouvernance des données responsable, y compris des codes de conduite, des principes éthiques, des

règles en matière de manipulation et de coercition des consommateurs et des normes en matière de vie privée et de protection des données. Soulignant que, dans toutes les activités concernant les enfants et la participation à la jeunesse ou l'engagement dans l'environnement numérique, les entreprises devraient tenir compte, le cas échéant, de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que considération primordiale.

Le Chapitre X est consacré à la concurrence. Les entreprises devraient mener leurs activités d'une manière compatible avec tous les textes législatifs et réglementaires applicables et s'abstenir de fixer des prix, procéder à des soumissions concertées ou diviser les marchés.

Le Chapitre XI, enfin, concerne la fiscalité. Les entreprises devraient contribuer aux finances publiques des pays d'accueil en acquittant avec ponctualité les impôts dont elles sont redevables, se conformer à la lettre comme à l'esprit des lois et règlements fiscaux des pays où elles opèrent, communiquer les informations en temps utile pour les autorités compétentes, y compris à la demande d'autres pays, et appliquer le principe de pleine concurrence dans leurs pratiques de prix de transfert afin d'éviter de transférer des bénéfices ou des pertes en vue de réduire leur charge fiscale.

Ici, l'on rappelle les dispositions relatives à la transparence du Cadre inclusif OCDE/G20 sur le Projet relatif sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) ainsi que des mises à jour des lignes directrices sur les prix de transfert et notant l'importance de la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures liées aux conventions fiscales visant à prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices.

En plus, et à la différence des Principes directeurs de l'ONU, la mise en œuvre des Principes directeurs est contrôlée par un mécanisme de mise en œuvre unique en son genre, les Points de contact nationaux (PCN) qui sont les instances établies par les gouvernements adhérents dans chaque État (en ce moment 51) pour promouvoir et mettre en œuvre les Principes directeurs de l'OCDE (263). Les PCN constituent un pôle de médiation et de conciliation permettant de résoudre les problèmes pratiques susceptibles de se poser.

---

(263) Au 28 avril 2024, 51 PCN ont été mis en place par les États (voir les informations disponibles sous <https://mneguidelines.oecd.org/ncps/>).

### C – Mise en œuvre : les Points de Contact Nationaux

Le rôle des Points de contact nationaux pour une conduite responsable des entreprises (PCN) est de contribuer à une mise en œuvre effective des Principes directeurs y compris au moyen du traitement des plaintes. Dans les Principes directeurs de l'OCDE 2023, les PCN ont été renforcés car, lors de la réunion du Conseil de l'OCDE au niveau des ministres en 2017, les États membres ont pris l'engagement d'avoir des PCN plus performants et dotés de ressources suffisantes (264). Un exercice d'apprentissage par les pairs a été envisagé car un droit uniforme nécessite une application et des contrôles uniformes. En effet, en ce qui concerne la mise en œuvre, le Comité de l'investissement de l'OCDE supervise les Principes et organise un échange d'opinions régulier (265).

À ce propos, un rapport d'*OECD Watch* – une ONG – a récemment mis en évidence les différentes faiblesses de nombreux PCN nationaux et, par conséquent, les distorsions dans la pratique des différents Pays (266).

Comme le disent les Principes directeurs de l'OCDE 2023, les PCN fonctionneront de manière à être : « 1. visibles, 2. accessibles, 3. transparents, 4. responsables, 5. impartiaux et équitables, 6. prévisibles, et 7. conformes aux Principes directeurs. » (267)

Ils assurent un mécanisme de réclamation visant « à faciliter le dialogue entre les parties et à les soutenir dans la recherche de solutions mutuellement acceptables et compatibles avec les Principes directeurs aux problèmes soulevés, mais aussi d'éclairer activement ce dialogue grâce à leur expertise des Principes directeurs. » (268)

En effet, une de leurs fonctions, peut-être la plus importante aux yeux du troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU, est de participer au règlement des différends soulevés par la mise en œuvre des

(264) OCDE, Rapport de progrès sur les PCN pour la conduite responsable des entreprises, 2019, disponible en anglais sous [www.oecd.org/mcm/documents/NCPS%20-%20CMIN\(2019\)7%20-%20EN.pdf](http://www.oecd.org/mcm/documents/NCPS%20-%20CMIN(2019)7%20-%20EN.pdf).

(265) Tous les gouvernements adhérant aux Principes directeurs sont tenus d'établir un PCN et doivent veiller à ce qu'il dispose des ressources humaines et financières dont il a besoin pour pouvoir agir de manière visible, accessible, transparente et responsable.

(266) OECD Watch, « OECD Watch's 'NCP Evaluations' show NCP system underperforming on criteria that are critical for civil society », 14 décembre 2020, disponible sous [www.oecdwatch.org/oecd-watches-ncp-evaluations-show-ncp-system-underperforming-on-criteria-that-are-critical-for-civil-society/](http://www.oecdwatch.org/oecd-watches-ncp-evaluations-show-ncp-system-underperforming-on-criteria-that-are-critical-for-civil-society/). Cf. K. BHATT et G. ERDEM TÜRKELLİ, « OECD National Contact Points as Sites of Effective Remedy: New Expressions of the Role and Rule of Law within Market Globalization? », in *Business and Human Rights Journal*, 2021, pp. 423 à 448.

(267) Procédures de mise en œuvre des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, p. 66.

(268) Principes directeurs OCDE, note 1, p. 79. L'OCDE maintient une banque de décisions des PCN accessible au site <https://mneguidelines.oecd.org/database>.

Principes directeurs de l'OCDE dans le cadre d'une procédure appelée « circonstances spécifiques ». Dans cette procédure, chaque PCN évalue si les problèmes soulevés méritent un examen plus approfondi. Soit il accepte la circonstance spécifique, soit il publie une déclaration motivant la non-acceptation de la circonstance spécifique. Si la plainte est bien fondée, le PCN offre ses bons offices (dialogue, médiation, services de conciliation) aux deux parties en vue de résoudre les problèmes soulevés. Au terme du processus, le PCN publie une déclaration relative aux problèmes soulevés par la circonstance spécifique, aux bons offices qu'il a offerts et à la conclusion de la procédure.

Si les parties au différend ne parviennent pas à un accord, les PCN formulent des recommandations sur la mise en œuvre des Principes directeurs sans toutefois pouvoir les imposer. Les PCN ne sont pas un arbitre ou un organe judiciaire, ni ne disposent de pouvoirs contraignants quant au résultat de leur action. C'est pourquoi si les parties au différend ne parviennent pas à un accord, les PCN formulent des recommandations. À ce propos, les Principes directeurs de l'OCDE 2023 contiennent une actualisation des Procédures de mise en œuvre des dits Principes.

Bien que les parties puissent refuser de se mettre en conformité, la révision des Principes de l'OCDE garantit que le *follow up* des recommandations est la position par défaut le cas échéant (à la différence d'un outil discrétionnaire des PCN, comme précédemment).

Compte tenu des possibilités de procédures parallèles, les PCN peuvent être engagées à côté des procédures judiciaires ou arbitrales, y compris en vertu du Règlement de La Haye sur l'arbitrage relatif aux entreprises et aux droits humains.

C'est pourquoi, à son tour, la Résolution du Parlement européen du 24 mars 2024 indique désormais que « la soumission d'une notification ou d'une plainte [à un PCN] ne devrait pas être une condition préalable ni empêcher la personne qui les soumet d'avoir accès à la procédure motivée relative aux préoccupations ou à des mécanismes judiciaires ou non judiciaires, tels que les points de contact nationaux de l'OCDE lorsqu'ils existent. Les dispositions relatives à la procédure de plainte et au mécanisme de notification prévus par la présente directive devraient être conçues de manière à éviter que cet accès aux représentants d'une entreprise ne donne lieu à des sollicitations déraisonnables. Conformément aux normes internationales, les personnes qui soumettent des plaintes, lorsqu'elles ne le font pas de manière anonyme, devraient être autorisées à demander à l'entreprise de donner rapidement une suite appropriée et à rencontrer les représentants de l'entreprise à un niveau approprié pour discuter des incidences négatives

graves réelles ou potentielles qui font l'objet de la plainte ainsi que d'une éventuelle réparation, de recevoir une justification quant aux motifs pour lesquels la plainte a été considérée comme fondée ou non fondée et, lorsqu'elle est considérée comme fondée, de recevoir des informations sur les mesures prises ou à prendre par l'entreprise. » (269)

### § III – LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ONU ET LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE 2023 COMME VECTEURS DE L'EXPANSION DE L'ORDRE INTERNATIONAL ET DE LA MODERNISATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS

Les Principes directeurs de l'ONU et les Principes directeurs de l'OCDE 2023 sont des vecteurs de l'expansion et de la diversification de l'ordre international dans sa dimension transnationale. Ces principes sont porteurs d'un nouveau droit qui peut être assez différent du droit interne de certains États. Il s'agit, *inter alia*, de prendre en considération l'entreprise multinationale dans son ensemble, dans son unité économique et pas à travers les différentes sociétés dotées de la personnalité morale qui la composent. Autant dire que ces principes sont porteurs d'un nouveau droit des sociétés universel avec une logique propre. C'est pourquoi l'on ne peut pas ou plus lui opposer le voile sociétaire des différentes filiales. Ces principes militent en faveur de l'exclusion de la barrière de la personnalité morale de la société par un véritable « *piercing of the corporate veil* » lorsque les conditions des Principes directeurs de l'ONU et surtout des Principes directeurs de l'OCDE sont réunies.

Bien sûr, cela arrive encore très rarement devant un juge national, surtout dans les États membres de l'Union européenne en partie à cause des solutions obsolètes du Règlement Bruxelles I *bis* (270). Or, ce retard normatif du droit international privé européen par rapport au traitement des groupes de sociétés déjà offert par le droit fiscal ou le droit comptable et même par le droit de l'arbitrage pourra être surmonté grâce la nouvelle directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité approuvé le 24 mars 2024 et aux projets de révision du Règlement Bruxelles I *bis*.

(269) Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 24 avril 2024 en vue de l'adoption de la directive (UE) 2024/ du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859, § 59.

(270) Voy. à ce propos les critiques formulées dans mon « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 33 à 435.

Entre-temps, les MARC (méthodes alternatives de règlement des conflits) dont les PCN font partie, semblent être bien en avance sur les juges internes.

En deuxième lieu, les Principes directeurs de l'ONU comme les Principes directeurs de l'OCDE constituent un exemple flagrant de codification *soft* du droit international. À cet égard, force est de constater que dans l'expérience récente de la Commission de droit international de l'ONU il n'y a plus de codification *hard* du droit international (271). Il suffit de penser à la matière fondamentale des Articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite de 2001, au Projet d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités de 2011 ou encore au Projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales du 2011. Ce ne sont que des exemples des règles d'importance fondamentale qui restent dans le monde de la *soft law* internationale.

Cependant, les Principes directeurs de l'ONU et les Principes de l'OCDE, comme par exemple les Articles sur la responsabilité internationale des organisations internationales, se caractérisent pour leur effet de consolidation et de cristallisation de règles internationales en cette matière.

Ces phénomènes comportent un changement progressif de la *grammaire du droit international* dans chaque matière où interviennent ces codifications de *soft law*. Car la *soft law* a une dimension statique et, sous certaines conditions, une dimension dynamique : il peut devenir « *evolving regime* » (272).

Il est donc pas si surprenant de constater qu'à la catégorie de la responsabilité (*responsibility*) des entreprises multinationales, l'on a désormais rajouté (ou substitué) celle de la redevabilité (*accountability*). Ou encore, qu'en droit international, l'on assiste désormais au dédoublement fonctionnel de la *due diligence* : une pour les États (273) et une autre pour les entreprises transnationales.

(271) S. VILALPANDO, « Codification Light: A New Trend in the Codification of International Law at the United Nations », in *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, 2013, pp. 117 et s.

(272) Voy. à ce propos F. MARRELLA, « The UN Guiding Principles on Business and Human Rights as an evolving regime: their contribution to International Investment Law and Arbitration », in *Mélanges en l'honneur de Florence Benoit-Rohmer. Les droits de l'homme, du Conseil de l'Europe à l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, pp. 329 à 352.

(273) À ce sujet voy. par exemple S. BESSON, *La due diligence en droit international*, Brill Nijhoff, 2021 et cf. F. MARRELLA, « Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales », in *RCADI*, vol. 385, 2017, pp. 210 et s. ainsi que J. BONNITCHA et R. MCCORQUODALE, « The Concept of Due Diligence in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », in *EJIL*, 2017, pp. 899 à 920 ainsi que R. MCCORQUODALE, *Business and Human Rights*, Oxford, OUP, 2024, pp. 81 et s.

Il faut remarquer encore que, dans le cas des Principes directeurs pour les entreprises multinationales, il est de plus en plus évident que le comportement responsable des entreprises n'est plus *volontaire* dans le sens qu'il n'est plus totalement *discrétionnaire*, laissé au bon vouloir des dirigeants d'entreprises, même s'il n'est pas encore juridiquement contraignant au sens strict. Jean Carbonnier (274) nous avait déjà mis en garde face aux nuances du droit moderne : entre le droit et le non-droit, la *soft law* se place dans une « zone démilitarisée », une zone grise faite de plusieurs nuances de *grey* en fonction des différents niveaux de « pression juridique ».

Or, si l'on regarde l'ordre international dans son aspect *dynamique*, il est clair que certains instruments internationaux de *soft law*, comme les Principes directeurs de l'ONU, quoique non contraignants ont en soi une force juridique spéciale. Les effets des Principes directeurs de l'ONU se voient, *inter alia*, dans les Plans d'action nationaux sur les entreprises et les droits de l'homme ainsi que dans les instruments de *hard law* qui sont adoptés par les législateurs nationaux suite à l'adoption de ces Principes (275). Les Principes de l'OCDE participent à ce processus.

Et alors, surtout dans un domaine comme celui du droit international des droits de l'homme, il n'est pas non plus surprenant d'assister à un « durcissement » de la *soft law* et un élargissement de la responsabilité des entreprises par le biais du droit interne des différents États et même au niveau du droit européen grâce à la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, approuvé par le Parlement européen le 25 avril 2024.

Mais encore, il faut souligner que la nouvelle génération des traités internationaux en matière de commerce et d'investissement fait souvent référence tant aux Principes directeurs de l'ONU qu'aux Principes directeurs de l'OCDE (276). Même le droit des contrats est gagné par cet élan. La « contractualisation des droits humains » est désormais une réalité (277).

(274) J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1995 ; ainsi que D. CARREAU, A. HAMANN et F. MARRELLA, *Droit international*, cit. p. 247 et s.

(275) Voy. par exemple la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n° 0074 du 28 mars 2017, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte> ainsi que les différents exemples dans F. MARRELLA et C. MASTELLONE, *Contratti del commercio internazionale e sostenibilità/International Business Contracts and Sustainability*, Pise, Pacini, 2024.

(276) Voy. A. DE NANTEUIL, *Droit international de l'investissement*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Pedone, 2020, pp. 471 et s. ; ainsi que F. MARRELLA, *International Investment and Human Rights*, in *Elgar Encyclopedia of International Economic Law*, 2024.

(277) Voy. à ce propos F. MARRELLA, "Human Rights, « Arbitration, and Corporate Social Responsibility in the Law of International Trade", in W. BENEDEK, K. DE FEYTER et F. MARRELLA (sous la dir. de), *Economic Globalisation and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 266 à 310.

Bref, le développement d'un droit international de la responsabilité des entreprises transnationales est une réalité. Et il s'agit d'une *soft law* à « endurcissement » progressif. Or, comment ne pas penser à une vague de la mer qui risque d'étouffer les attentes de ceux qui estiment que seul un traité en bonne et due forme peut résoudre cette *vexata quaestio* ?

#### § IV – LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'ONU, LES PRINCIPES DIRECTEURS DE L'OCDE 2023 ET L'ANALYSE ÉCONOMIQUE DU DROIT : LE RISQUE D'ÉVICTION DE LA *HARD LAW* PAR LA CODIFICATION SOFT DU DROIT INTERNATIONAL

En analyse économique du droit l'on parle souvent du phénomène de *crowding out*. C'est l'effet d'éviction pour souligner la concurrence qu'un emprunteur public peut susciter vis-à-vis d'emprunteurs privés (entreprises) qui ne peuvent pas offrir les mêmes garanties que lui.

Appliqué à la théorie de la régulation, l'on peut observer que le *soft law* chasse le *hard law* et donc, dans notre cas, la *recevabilité* chasse la *responsabilité* au sens étroit du mot. Ce n'est pas la *loi de Gresham* mais, face au développement formidable des instruments de régulation de *soft law*, le traité en bonne et due forme sur la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme reste un mirage. Comme dans la philosophie de l'histoire de Giambattista Vico, l'on est confronté ici depuis 1976 à l'alternance cyclique entre les « cours » et les « recours » de l'histoire du code de conduite des multinationales de l'ONU.

Deuxième problème, c'est l'accès des victimes à la justice. Cela est très difficile devant le juge judiciaire. Ici c'est le droit international privé qui devrait venir au secours des victimes. Mais c'est un autre mirage. La refonte du Règlement Bruxelles I *bis*, pour rester dans le cadre de l'Union européenne, a été un bel exercice d'hypocrisie à ce sujet car la question était bien présente aux yeux des rédacteurs de ce Règlement.

Et alors, le non judiciaire chasse le judiciaire. Ici, tant les Principes directeurs de l'ONU que les Principes de l'OECD ont montré la voie du règlement non judiciaire des différends. Il suffit de penser au Points de contacts nationaux de l'OCDE ou à la médiation, au rôle des Institutions nationales de défense des droits de l'homme (INDH) (278) et, même si l'on n'est qu'au début, des Principes de La Haye sur l'arbitrage et les droits de l'homme.

(278) Les INDH sont des organisations indépendantes mises en place par les États pour promouvoir et protéger les droits de l'homme dans leur pays, conformément aux « Principes de Paris » des Nations Unies (ONU) et à l'objectif n° 16 des objectifs de développement durable.

Mais il est clair que l'on ne peut pas confier à des mécanismes non judiciaires toute la question de la protection des droits de l'homme.

Une fois réglé le problème de l'accès effectif des victimes au juge national des différents États il faudra penser à un mécanisme international de contrôle uniforme pour éviter ou minimiser les risques de concurrence déloyale et de guerre économique entre États. Ici, encore une fois, en bonne analyse économique du droit, il y a un risque de non application des règles de protection des droits de l'homme y compris de celles de l'accès au juge. La question est bel et bien posée : quelle est l'incitation pour un juge national à condamner une entreprise de son propre pays pour des faits commis à l'étranger ? Ne s'agit-il pas des entreprises qui luttent pour conquérir des marchés à l'étranger ?

L'on a déjà eu un débat analogue à propos de la lutte contre la corruption internationale avant d'arriver à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (279). À la fin des années 1990, le Conseil de l'OCDE a recommandé aux pays membres qui autorisaient la déductibilité fiscale des commissions occultes versées à des agents publics étrangers (parmi lesquels la France et l'Allemagne) de réexaminer ce traitement en vue d'interdire cette pratique (280). Pourquoi les commissions occultes étaient-elles déductibles des impôts ? Parce que, disaient les États qui autorisaient cette pratique, tout le monde le fait dans le commerce international et l'on ne veut pas désavantager nos entreprises.

Dans cette optique l'on peut comprendre d'autres mécanismes que chaque État peut utiliser de façon cachée pour protéger sans le dire ses entreprises dans le commerce international au détriment de la protection effective des droits humains.

Voilà donc la sinistre puissance du fameux *forum non conveniens* des Pays de *Common Law*, employé dans la scandaleuse affaire du Bhopal pour éviter une plainte colossale aux États-Unis. Et dans la jurisprudence américaine d'application du FCPA en matière de corruption l'on peut bien voir soit la préoccupation de ne pas trop défavoriser les entreprises nationales qui travaillent à l'étranger, soit la fonction d'arme de guerre économique (c'est le *Lawfare*) vis-à-vis des entreprises étrangères qui font trop de concurrence aux entreprises nationales (281).

(279) <https://www.oecd.org/fr/corruption/conventionsurlaluttecontrelacorrupciondagentspublicsetrangersdanslesttransactionscommercialesinternationales.htm>.

(280) Voy. p. ex. A. QUINONES, « L'évolution du droit international en matière de corruption : la Convention de l'OCDE », *AFDI*, 2003, pp. 563 et s.

(281) Voy. à ce propos p. ex. D. MAINGUY, *Droit de la « guerre atypique »*, Paris, LGDJ, 2023 ; ainsi que SFDI, *Une approche juridique de la guerre économique*, Paris, Pedone, 2024.

## CONCLUSION

*Ius est ars boni et aequi* disaient les Romains. Et ceci vaut aussi en matière de régulation des activités des entreprises multinationales, grandes et petites. La méthode du Pacte Global de l'ONU conçu par John Ruggie et développé à travers les Principes directeurs de l'ONU a montré son acceptation pratique par toutes les parties prenantes. La voie est tracée et désormais il appartient aux États d'adopter une législation cohérente soit du point de vue matériel, soit du point de vue procédural (y compris en droit international privé) pour mettre en œuvre une vraie protection des droits humains à l'échelle transnationale. Dans ce contexte, les Principes directeurs de l'OCDE développent ceux de l'ONU et méritent la plus haute considération.

Certes, il y a un risque de « concurrence déloyale » (ou bien de guerre économique) entre les États à ce propos. Mais il appartient également aux entreprises de mettre en œuvre les instruments adéquats pour minimiser leur impact négatif sur les droits humains même allant au-delà de ce qui font les États alors qu'il appartient aux consommateurs de demander des produits sur le marché qui soient compatibles avec les droits humains. Les Principes directeurs de l'ONU et les Principes de l'OCDE sont désormais des références incontournables à ce propos et si l'on voit émerger un monde meilleur dans les prochaines décennies l'on devra en remercier la *soft law* et une « société civile » qui, grâce aux moyens de télécommunication, est de plus en plus mondialisée.

**SECTION II – LA DIRECTIVE SUR LE DEVOIR DE VIGILANCE  
DES ENTREPRISES EN MATIÈRE DE DURABILITÉ (CS3D),  
NOUVELLE ÉTAPE DANS LA MISE EN ŒUVRE D'UNE POLITIQUE  
EUROPÉENNE DE LA VIGILANCE**

*Christophe Maubernard*

L'intégration économique est consubstantielle à la construction européenne. Elle suppose l'établissement d'un marché intérieur et d'une union douanière, par le biais d'une harmonisation tant positive que négative et la mise en œuvre de politiques communes en matière de concurrence, de commerce extérieur et monétaire (282). Elle combine ainsi

(282) F. MARTUCCI, *Droit du marché intérieur de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2021 ; M. EGAN, *Constructing a European Market: Standards, Regulation, and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2001.