LES DROITS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE DE LA PRODUCTION NORMATIVE DES ACTEURS PRIVÉS

Bamdad SHAMS

Revue libre de Droit

ISSN 2276-5328

Article disponible en ligne à l'adresse suivante :

http://www.revue-libre-de-droit.fr

Comment citer cet article - How to cite this article:

B. SHAMS : « Les droits fondamentaux à l'épreuve de la production normative des acteurs privés », *Revue libre de Droit*, 2020, pp. 33-49.

© Revue libre de Droit

LES DROITS FONDAMENTAUX À L'ÉPREUVE DE LA PRODUCTION NORMATIVE DES ACTEURS PRIVÉS

Bamdad SHAMS [1]

Résumé : *Les droits fondamentaux renvoient classiquement à un ensemble hétéroclite de droits et de libertés qui sont qualifiés de « fondamentaux » uniquement en considération de leur position dans la hiérarchie des normes au sein des ordres juridiques étatiques. Dans cette acception du terme, les États et les entités publiques infra-étatiques sont les seuls débiteurs de la protection des droits fondamentaux. Pourtant, depuis ces dix dernières années, de puissants acteurs non étatiques tels que les entreprises multinationales et les ONG créent des instruments de protection des droits fondamentaux détachés de tout cadre étatique, dont l'une des spécificités est de faire des acteurs économiques (entreprises, filiales, sous-traitants, fournisseurs, partenaires commerciaux) les débiteurs principaux des droits et libertés qu'ils protègent. La conséquence en est qu'aujourd'hui, cette production contemporaine du droit exerce une incidence directe sur le droit des droits fondamentaux. Comme nous le montrerons au cours de cet article, la multiplication désordonnée de ces nouvelles sources non étatiques emporte une mutation profonde de la conception actuelle des droits fondamentaux.*

Mots-clés : *Droits fondamentaux, Pluralisme juridique, Responsabilité Sociale des Entreprises, Acteurs non étatiques.*

Abstract : *The notion of fundamental rights is usually used to refer to a broad set of rights and freedoms recognized as 'fundamental' owing to their rank in the hierarchy of norms within the state's legal system. Through this interpretation, states and sub-state public entities are solely required to take active measures to ensure the promotion and the protection of these rights. However, for the last ten years, powerful non-state actors such as multinational corporations and NGOs have created fundamental rights instruments beyond state legal systems. These new instruments have brought dramatic changes in fundamental rights protection, imposing on different private economic actors such as corporations, subsidiaries, subcontractors, suppliers and commercial partners a positive duty to protect and promote fundamental rights when doing business with other parties. It will be demonstrated that there is a global shift from a classical perspective of fundamental rights based on the promotion and protection of these rights by state actors to a non-state perspective of fundamental rights based on the promotion and protection of these rights by private economic actors.*

[1] M. Bamdad Shams est docteur en droit international privé à l'Institut d'études politiques de Paris (France). Email : bamdad.shams@sciencespo.fr.

Mr. Bamdad Shams holds a PhD in Private International Law from Sciences Po Paris (France). The author can be contacted at : bamdad.shams@sciencespo.fr.

Keywords : *Fundamental Rights, Legal Pluralism, Corporate Social Responsibility, Non-State Actors.*

Introduction

I. L'ancrage progressif dans le droit non étatique des droits fondamentaux

II. Vers l'émergence d'un système non étatique de protection des droits fondamentaux ?

Conclusion

INTRODUCTION

Dans un monde interdépendant marqué plus que jamais par une redistribution progressive des compétences régaliennes publiques au bénéfice des acteurs économiques privés[2], les autorités étatiques et interétatiques apparaissent bien souvent, aux yeux du profane, comme des législateurs incapables de faire face à des problèmes d'envergure mondiale[3], accentués par la globalisation[4], tels que la faim, la pauvreté, la dégradation de la santé humaine, les atteintes et violations des droits de l'homme, les crises financières, la lutte contre le travail forcé ou la détérioration de l'environnement et de ses ressources[5]. Il apparaît, en effet, pour le moins difficile de tenter de résoudre durablement des problèmes trans-territoriaux tragiques qui se posent à l'homme ou, tout au moins, de vouloir les réduire par l'application concrète et effective d'instruments juridiques nationaux, régionaux et internationaux, s'en tenant à une conception réifiée, voire « idéologique »[6], du droit : celle-ci se fonde, comme on le sait, sur un postulat

[2] A. Van Heerdenn, S. Bosson : « Private Actors and Public Goods - A new role for the Multinational Enterprises in the global supply chain », *Management & Avenir*, 2009/3 (n° 23), pp. 36-46.

[3] F. Cafaggi : « Les nouveaux fondements de la régulation transnationale privée », *Revue internationale de droit économique*, 2013/1 (t.XXVII), p. 135 ; I. Kanalan, "Horizontal Effect of Human Rights in the Era of Transnational Constellations : On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations", *in* M. Bungenberg, et *alii* (Ouvrage collectif), *European Yearbook of International Economic Law 2016*, Cham, Springer, 2016, p. 428 ; U. Beck, *Power in the Global Age: A New Global Political Economy*, Londres, Polity Press, 2005, p. 76.

[4] M. Ronzoni, "Global labour justice: a critical overview", *in* Y. Dahan, et *alii* (Ouvrage collectif), *Global Justice and International Labour Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 16.

[5] Cette situation est pour le moins paradoxale au regard de l'activité législative internationale. En effet, il existe de nombreuses organisations internationales et supranationales telles que les Nations-Unies (ONU), l'Union européenne (UE), l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), l'Organisation mondiale du commerce (OMC), l'Organisation mondiale de la santé (OMS), l'Organisation des Etats américains (OEA), la Banque mondiale, le Fond Monétaire International (FMI), le Conseil de l'Europe et l'Organisation internationale du travail (OIT) qui ont développé une multitude de normes dans les domaines des droits de l'homme, de l'environnement, de la lutte contre la pauvreté, de la santé et de la sécurité au travail, etc. Voir à cet égard U. Sieber : "Legal Order in a Global World – The Development of a Fragmented System of National, International and Private Norms", *in* A. Von Bogdandy, R. Wolfrum (Ouvrage collectif), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Leiden/Boston, Brill N.V, Vol. 14, 2010, p. 11.

[6] B. Oppétit : « Henri Motulsky et la philosophie du droit », *Archives de Philosophie du Droit*, 1993, Vol. 38, p. 253.

théorique selon lequel le droit ne saurait être que le fruit d'une norme juridique édictée par une autorité étatique, interétatique ou supraétatique en vigueur sur un territoire déterminé[7] et dont le respect et la mise en œuvre autoritaire sont assurés par la contrainte organisée des organes étatiques[8]. Cette lecture parcellaire, sinon statique du droit, prend en effet pour seuls objets d'étude l'édification et la production de l'ordre juridique d'un État occidental libéral au cours du vingtième siècle pour tenter d'établir une distinction artificielle à l'échelle planétaire, mais encore ancrée dans la pensée juridique actuelle[9], entre le « droit » qui serait obligatoirement d'essence étatique et le « non-droit »[10] qui échapperait à tout cadre étatique comme si, d'une part, les droits positifs de chaque État étaient en tous points identiques de nature à régir avec efficacité l'ensemble des relations juridiques[11] et comme si, d'autre part, il était impossible que des normes de protection élevées prescrivant des conduites qui soient à la fois précises et contraignantes, puissent voir le jour et fonctionner pleinement en dehors de tout cadre fixé par le droit étatique.

Certes, d'un côté, le droit international classique nous enseigne que l'Europe continentale, qui constitue le terreau du système westphalien[12], a créé et largement diffusé à travers le monde le modèle étatique moderne, tandis que les constitutionnalistes, les philosophes et les historiens du droit affirment avec constance que le Vieux Continent est à l'origine du positivisme juridique dont les traits saillants sont la hiérarchisation des normes avec au sommet une Constitution étatique[13] et le monopole des institutions étatiques dans la production du droit[14]. D'un autre

[7] G. Marty, P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1961, p. 6.

[8] M. Germain : « Pluralisme et droit économique », *Archives de Philosophie du Droit*, 2005, Vol. 49, p. 235.

[9] M. Nicholson, "New International Legal Positivism : Formalism by Another Name ?", *in* L. Siliquini-Cinelli (sous la dir.de), *Legal Positivism in a Global and Transnational Age*, Cham, Springer, 2019, p. 109.

[10] J-Y. Chérot, "Concept de droit et Globalisation", *in* J-Y. Chérot, B. Frydman (sous la dir.de), *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 3 : « Le concept de droit peut être naturellement un bon candidat pour commencer l'analyse et la mise en questions de la science du droit dans la mondialisation. Le caractère «stato-centré» de notre concept de droit, qui plus est son caractère centré sur les États occidentaux libéraux, est, *a priori*, un des enjeux d'une discussion sur la théorie du droit dans la globalisation ».

[11] Sur la non-complétude et la diversité des ordres juridiques étatiques, voir l'article du professeur Didier Boden : « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Archives de Philosophie du Droit*, 2005, Vol. 49, pp. 225-266, spéc. p. 285, point B.6, et p. 288, point B.17. Voir également Pierre Gothot «Le non-droit : Précautions introductives», in : «L'hypothèse du non-droit», 30ème séminaire de la CDVA, Liège : Fac. Dr. Éco. Sc. soc. Liège, 1978, pp. 11-32, spéc. pp. 22-29.

[12] R. Lesaffer, "The classical law of nations (1500-1800)", *in* A. Orakhelashvili (sous la dir.de), *Research Handbook on the Theory and History of International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2011, p. 408.

[13] F. Mélin-Soucramanien, P. Pactet, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 38e éd., 2020, pp. 70-71.

[14] Voir J-L. Halpérin : « The Concept of Law ? A Western Transplant ? », *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 10, n°2, 2009, p. 335 : « *Today the identification of a legal rule depends on its link with a legal order, thought of as a hierarchy of norms. Each rule can thus be recognized as having been created in a valid way according to the*

côté, cette vision positiviste stato-centrée du droit forme le socle commun des ordres juridiques de l'ensemble des États du monde[15], conséquence d'un phénomène de transplantation juridique du modèle occidental du droit à l'échelle interétatique au cours du siècle dernier[16].

Mais la pérennisation et l'aggravation de ces nombreux problèmes environnementaux et humains insolubles en l'état actuel du droit positif, tendent à transformer profondément les modes contemporains de production et de mise en œuvre du droit en général. Les acteurs non étatiques tels que les entreprises multinationales et les ONG se constituent, en effet, en véritables législateurs globaux[17], en vue de pallier à l'impuissance juridique des acteurs traditionnels du droit international, en élaborant des normes à la fois précises et effectives dans la pratique, en construisant leur propre hiérarchie post-kelsénienne des normes avec au sommet les instruments de gouvernance et de protection privés qu'ils créent ou auxquels ils adhèrent, et en instituant des ordres quasi-juridiques déterritorialisés en dehors de toute structure étatique, à tel point qu'aujourd'hui cette production normative contemporaine rend peu à peu obsolètes les dichotomies classiques sur lesquelles se sont fondées jusqu'ici les rapports entre la norme étatique et la norme privée : droit/non-droit, droit dur/droit souple, droit officiel/droit non officiel, droit formel/droit informel, pour ne citer que les plus connues. Toutes ces constructions dichotomiques d'essence doctrinale ne concordent pas avec la réalité complexe et protéiforme du droit que conçoivent ces puissants acteurs privés, à tel point d'ailleurs que leur production normative fait une apparition discrète, mais certaine, dans le domaine de la protection des droits et libertés, laissant apparaître l'ancrage progressif dans le droit non étatique des droits fondamentaux (I). La question qui pourrait se poser est de savoir si cet ancrage normatif inédit traduirait alors l'émergence d'un système non étatique de protection des droits fondamentaux (II).

---

constitutional scheme. The fact that the norm is part of a legal order makes it a legal norm. Although contested by the advocates of pluralism, this definition of legal rules connects them to states ».Voir aussi C-M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen: une introduction*, Québec, Presses Université Laval, 2004, p. 43 : « Pour la théorie pure, État et droit sont deux noms pour un même concept. En effet, Kelsen soutient que l'État est identique à l'ordre juridique, l'État et le droit coïncident. Plus précisément, l'État est un ordre juridique centralisé ».

[15] A. C. Cutler, "The Globalization of International Law, Indigenous Identity, and the New Constitutionalism", *in* W. D. Coleman (sous la dir.de), *Property, Territory, Globalization :Struggles over Autonomy*, Vancouver, UBC Press, 2011, p. 34.

[16] J-L. Halpérin, *ibid*.

[17] R. K. Christensen, "*International non governmental organizations : Globalization, Policy Learning, and the Nation-State*", *in* D. Levi-Faur, E. Vigoda-Gadot (sous la dir.de), *International Public Policy and Management : Policy Learning Beyond Regional, Cultural, and Political Boundaries*, New York, Marcel Dekker, 2004, p. 62.

I. L'ANCRAGE PROGRESSIF DANS LE DROIT NON ÉTATIQUE DES DROITS FONDAMENTAUX

Les multinationales et les ONG édictent, de plus en plus, des normes protectrices des droits fondamentaux, sous la forme d'un corpus de droits et de libertés énumérés par des codes de conduite et des standards que l'on pourrait qualifier de *lex humanis*[18]. Pris dans leur ensemble, ces instruments privés protecteurs des droits et libertés individuels et collectifs ne peuvent être considérés ni comme des déclarations vertueuses dépourvues de tout effet contraignant, ni comme de simples outils de communication commerciale pour les entreprises puisque, d'une part, ils imposent des obligations positives en matière de droits fondamentaux (protéger et promouvoir) à la charge des entreprises et de leurs partenaires commerciaux, qui y adhèrent, le plus souvent, par nécessité économique, mais en plus ces derniers se trouvent soumis, en la matière, à des obligations négatives (respecter), quel que soit le lieu où ils exercent leurs activités.

Prenons un exemple tiré de la pratique pour illustrer cette irruption si soudaine du langage des droits fondamentaux dans le champ de la production des normes non étatiques. Le groupe pétrolier français Total s'est doté de son propre code de conduite traitant des droits de l'homme, de l'environnement, des relations de travail, de la sécurité et de la santé au travail, directement applicable à l'entreprise multinationale elle-même, à l'ensemble de ses salariés, à ses fournisseurs, à ses partenaires commerciaux, ainsi qu'aux membres des communautés locales des pays hôtes[19]. Par le biais de cet instrument de protection de source non étatique, le groupe pétrolier français s'engage à intégrer des exigences sociales et environnementales dans le cadre de ses activités d'exploration et de production, ainsi qu'à respecter, protéger et promouvoir les droits de l'homme. Pour mettre en œuvre cet objectif louable, il ne s'est pas contenté uniquement de l'inscrire explicitement dans son code de conduite, mais en plus, il a mis sur pied un Guide pratique des droits de l'homme qui, complétant son code, énonce de manière claire et précise toute une série de règles substantielles spécifiques, protectrices des droits de l'homme, qu'il se doit de respecter et de faire respecter dans sa sphère d'influence[20].

[18] D. Roth-Isigkeit, *The Plurality Trilemma : A Geometry of Global Legal Thought*, Cham, Palgrave Macmillan, 2018, p. 133.

[19] Total, « Code de conduite », 2015, p. 6, disponible à l'adresse suivante : http://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/total_code_de_conduite_vf.pdf

[20] Total, « Droits de l'homme guide pratique de l'entreprise », 2015, disponible sur : https://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/guide_pratique_droits_homme_vf_0.pdf

Cet instrument protecteur des droits de l'homme d'essence privée présente l'originalité de rendre débitrices des droits de l'homme internationalement consacrés et du droit dérivé de l'ONU les entreprises du secteur pétrolier, dans la mesure où il s'appuie expressément sur des grands instruments internationaux des droits de l'homme (tels la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 ou le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturel de 1966), des conventions de l'OIT et des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies pour dégager des règles porteuses de droits individuels et collectifs de l'homme dont le respect s'impose, au premier chef, à elles. Tant est si bien qu'il est possible d'avancer l'idée que la multinationale pétrolière procède davantage à une réécriture des principes et des règles de droit international public, qu'à une intégration pure et simple des traités internationaux sur les droits de l'homme dans le corps du texte de son instrument de protection.

En effet, par la mise en application de son Guide, non seulement les fournisseurs et partenaires locaux du groupe pétrolier accèdent au rang de sujets actifs de droit international débiteurs d'obligations internationales des droits de l'homme, mais, de surcroît, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies trouvent à produire directement des effets contraignants à l'égard des acteurs économiques privés. De plus, ce Guide consacre toute une série de droits fondamentaux classiques qui, pour autant, peuvent ne pas bénéficier d'une consécration pleine et entière dans un certain nombre d'ordres juridiques nationaux : il s'agit par exemple du droit à la liberté d'opinion et d'expression[21], du droit à une rémunération équitable et satisfaisante[22], du droit à un environnement sain, du droit à l'eau[23], du droit à un niveau de vie suffisant[24], du droit à un logement décent[25], du droit à la liberté de circulation, du droit à la vie, du droit à la santé[26], du droit de participer à titre individuel à des activités politiques, du droit de se syndiquer[27], du droit de travailler[28], ou même encore du droit de propriété[29]. Ceci signifie donc concrètement qu'aussi bien le groupe Total que ses

[21] Total, *op. cit.*, p. 20.

[22] Total, *op. cit.*, p. 24.

[23] Total, *op. cit.*, p. 27.

[24] Total, *op. cit.*, p. 28.

[25] Total, *op. cit.*, p. 4.

[26] Total, *op. cit.*, p. 9.

[27] Total, *op. cit.*, p. 21.

[28] Total, *op. cit.*, p. 22.

[29] Total, *ibid.*

cocontractants et sous-traitants dans le monde sont censés mettre en œuvre toutes ces règles protectrices du Guide pratique des droits de l'homme dans les pays où ils opèrent. La formulation de ces règles non étatiques revêt, à notre sens, un caractère impératif. Il suffit, en effet, pour s'en convaincre de citer une disposition protectrice du Guide pratique des droits de l'homme qui énonce explicitement :

« *Comme indiqué dans notre Code de Conduite, Total s'engage à respecter les standards internationaux reconnus en matière de Droits de l'Homme* »[30].

Deux remarques s'imposent ici : tout d'abord, comme le précise à juste titre Mme Larouer dans sa thèse de doctorat consacrée aux codes de conduite, le recours au verbe « s'engager » devient fréquent dans ces instruments privés[31], si bien que le code de conduite édicté par le groupe Total ne semble pas déroger à cette tendance générale. Vient, ensuite, logiquement, la question de savoir ce qu'on entend exactement par ce terme. Si cette auteure estime que le terme « s'engager » ne serait pas, dans le cas spécifique du code de conduite privé, un indicateur fiable de l'existence d'un engagement déterminé de son auteur[32], nous serions pour notre part enclin à penser le contraire, *a fortiori*, en ce qui concerne le Guide pratique des droits de l'homme. En effet, l'une des particularités de cet instrument de droit non étatique relatif aux droits de l'homme est d'établir une règle de conflit de normes particulière pour déterminer la norme la plus protectrice des droits de l'homme en cas de conflit entre une législation locale et le Code de conduite du groupe Total, et ce, en les termes suivants : « *en cas de divergences entre les lois locales et notre Code de Conduite, nous nous efforçons d'appliquer la norme la plus exigeante* »[33].

Ceci n'est pas sans conséquences pratiques, car, à partir du moment où le Code de conduite du groupe Total et une loi nationale locale attentatoire aux droits de l'homme ont une vocation concurrente à régir les activités du groupe pétrolier dans un pays donné, la loi locale devra être évincée au profit du code de conduite privé au nom de la protection des droits de l'homme et ce, qu'elle ait ou non une origine étatique. Cette règle protectrice telle qu'elle figure dans cet instrument de droit non étatique n'est donc pas sans faire penser, d'une certaine manière, au

[30] Total, *op. cit.*, p. 8.

[31] M. Larouer, *Les codes de conduite, sources du droit*, Paris, Dalloz, coll. « Nouv. bibl. thèses », Vol. 176, 2018, p. 169.

[32] M. Larouer, *ibid.*

[33] Total, *op. cit.*, p. 11.

mécanisme de l'exception d'ordre public en droit international privé[34], à la fois dans ses dimensions négative et positive. En effet, la loi locale normalement applicable pourrait être évincée dès lors que son contenu serait injuste, contraire aux droits fondamentaux[35], sauf que dans ce cas précis, et à la différence de ce prévoit ce mécanisme d'éviction classique, une norme non étatique plus protectrice au fond se substituerait à la loi étatique locale évincée ce qui, somme toute, pourrait s'apparenter à la manifestation d'un ordre public transnational[36], voire un « ordre public sans État » (pour reprendre une expression du professeur Latty[37]). Il en résulte, en conséquence, que la mise en œuvre du droit produit par le groupe Total génère des conflits de normes inédits sur le terrain des droits et libertés dans les pays où le groupe lui-même et ses partenaires, débiteurs de droits fondamentaux de source privée, exercent leurs activités extractives. Le puissant groupe pétrolier s'est en effet implanté dans des États dans lesquels la protection, le respect et la réalisation des droits et libertés fondamentaux brillent le plus souvent par leur absence, avec pour conséquence inéluctable que ses propres instruments de protection privés entrent en conflit avec les lois attentatoires aux droits et libertés de ces États.

Dans cette nouvelle architecture normative, le Comité d'éthique occupe une place maîtresse puisqu'il a été créé principalement pour protéger les droits et libertés que les instruments normatifs de Total garantissent. Composé d'un président, nommé par le directeur général de Total, ainsi que de membres issus des principaux secteurs d'activité de la société pétrolière[38], il exerce une double fonction. D'une part, il assume une fonction que l'on pourrait qualifier de quasi-juridictionnelle dans la mesure où il peut être saisi par les salariés et les personnes extérieures au groupe, en cas de méconnaissance ou de violation des dispositions du Code et du Guide par la société pétrolière mère, les sociétés qu'elle contrôle, leurs fournisseurs et sous-traitants[39] : ce qui revient à dire qu'il connaît, en tant qu'instance privée de plainte et de

[34] C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 318 : « Le jeu de l'exception d'ordre public permet au contraire d'assurer la primauté des instruments de protection des droits de l'Homme sur les autres conventions de droit privé en raison de la supériorité des valeurs qu'ils défendent ».

[35] P. Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, La Haye, *RCADI*, Vol. 318, 2005, p. 171 et s.

[36] Sur l'ordre public transnational, voir J-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, p. 355 et s ; J-M. Jacquet, "L'ordre public transnational", *in* E. Loquin, S. Manciaux (sous la dir.de), *L'ordre public et l'arbitrage*, Paris, LexisNexis, 2014, pp. 101-114.

[37] F. Latty, "L'ordre public sans État (quelques remarques sur un oxymore en trompe-l'œil", *in* C-A. Dubreuil (sous la dir.de), *L'ordre public*, Paris, Éditions Cujas, 2013, pp. 21-31.

[38] Total, *ibid.*

[39] Cf. site internet de Total, disponible sur : http://www.sustainable-performance.total.com/fr/enjeux/business-ethics

règlement des conflits, des contestations et des questions relatives aux droits et libertés tels que définis dans les instruments normatifs du groupe pétrolier. D'autre part, il remplit une fonction de contrôle consistant à vérifier concrètement que les acteurs du groupe respectent ces instruments de protection privés auxquels ils sont parties, en organisant des visites sur tout site ou toute filiale du groupe. S'il s'avère ainsi qu'un partenaire commercial ou industriel, un fournisseur ou un prestataire de services, portent une atteinte manifeste aux droits et libertés fondamentaux que le Code et le Guide protègent, le groupe Total pourra, au regard de son propre droit, suspendre ou rompre unilatéralement le contrat qui le lie au débiteur des droits fondamentaux de source non étatique n'ayant pas satisfait à son obligation de protection[40]. Ne pourrait-on pas alors penser que le comite d'éthique remplirait la fonction d'un « Conseil constitutionnel » dans l'ordre normatif de Total, autrement dit celle d'un organe *sui generis*, d'une instance originale investie de nombreuses fonctions dont la nature est différente[41] ?

Une chose semble sûre : les acteurs privés économiques ne se contentent plus seulement de proclamer des droits et libertés à travers les instruments qu'ils établissent, mais les appliquent concrètement dans leurs sphères d'activité respectives, et ce le plus souvent grâce à des mécanismes privés de suivi et de contrôle de leur application, ce qui, en pratique, a pour conséquence de rendre contraignantes des normes protectrices de source non étatique qui, à première vue, paraîtraient non contraignantes, tout du moins dans le paradigme dominant positiviste. Cette production normative contemporaine écorne clairement, selon nous, la distinction théorique et artificielle qui sépare encore le droit étatique « dur » du droit non étatique « souple », et ce *a fortiori* sur le terrain des droits et libertés. En effet, alors même que les codes de conduite et les standards privés relatifs aux droits fondamentaux se durcissent, il existe pourtant encore, dans nombre de droits étatiques, des chartes de droits qui sont, *de facto*, vidées de leur substance du fait de l'absence de mécanismes de contrôle et de sanction[42].

[40] Total, *ibid.*

[41] Sur la nature du Conseil constitutionnel, voir par exemple : J-C. Balart, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la Constitution de 1958*, Paris, PUF, 1984, p. 79 ; A. Patrikios, *L'arbitrage en matière administrative*, Paris, LGDJ, 1997, p. 246.

[42] J.-M. Sauvé : « La dynamique de protection des droits fondamentaux en droit national et en droit européen », conférence prononcée à l'Université Jagellone de Cracovie (Pologne), 22 juin 2012, p. 4, disponible sur : http://www.conseil-etat.fr/content/download/3039/9145/version/1/file/2012-10-30-universite-jagellonne-la-dynamique-de-protection-des-droits-fondamentaux.pdf

II. VERS L'ÉMERGENCE D'UN SYSTÈME NON ÉTATIQUE DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ?

La question fondamentale qui se pose en relation avec la production normative des acteurs non institués en matière de droits et de libertés est de savoir s'il existe aujourd'hui un système non étatique de protection des droits fondamentaux. Une réponse affirmative semble se dégager. Cette activité normative sans précédent aboutit en effet à l'émergence progressive de ce que l'on pourrait appeler un droit non étatique des droits fondamentaux qui se situe clairement aux antipodes de la « verticalisation originelle »[43] des droits fondamentaux pour deux raisons au moins.

La première tient au fait que les droits et libertés de source non étatique s'imposent aux acteurs économiques (entreprises, filiales, sous-traitants, fournisseurs, partenaires commerciaux) et bénéficient, soit à des catégories spécifiques d'individus (travailleurs, consommateurs, populations autochtones, communautés locales), soit aux individus en général, sans considération ni de leur localisation géographique respective, ni de leur adhésion à ces normes protectrices du droit non étatique. Ces dernières remettent profondément en cause la conception classique des droits fondamentaux selon laquelle les acteurs institués (étatiques, interétatiques et supra-étatiques) seraient les seuls débiteurs des droits et libertés, en exigeant que les entreprises veillent elles-mêmes à leur réalisation même au-delà de leur sphère d'activité directe. Les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux dans le champ d'action d'un droit élaboré en dehors de l'État conduisent ainsi, d'une part, à élargir le cercle des débiteurs et des bénéficiaires des droits et des libertés dans le monde, en ajoutant au débiteur étatique classique un nombre potentiellement élevé de débiteurs privés et, d'autre part, à ce que des droits et libertés inscrits dans un instrument purement privé bénéficient à un « créancier » contre un « débiteur », quel que soit le lieu où ils se trouvent. Dans un contexte de repli étatique à grande échelle, se profile, dès lors, l'idée d'une ré-universalisation potentielle des droits et libertés, mais exclusivement par le biais d'une normalisation privée, tant est si bien que l'action normative informelle ne paraît plus aller de pair avec la promotion de l'intérêt privé. Ne

[43] Pour une définition de la notion de « verticalisation originelle », voir R. Dijoux, *La contractualisation des droits fondamentaux*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 63 : « Selon cette thèse, les droits fondamentaux seraient exclusivement conçus au bénéfice de l'individu dans sa relation avec l'Etat. En effet, cette imputabilité au seul Etat se justifie par le pouvoir exorbitant de l'autorité publique ». Voir également F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p.109, qui explique que cette conception vise la protection de l'individu contre « l'ingérence active de l'Etat » : « le droit international et le droit européen des droits de l'homme reconnaît des droits aux individus et corrélativement, fait naître à la charge des États des obligations correspondantes ».

pourrait-on pas alors penser que la préservation de l'intérêt général ou des biens publics globaux relève pour une grande part de la production normative hors du droit de l'État[44] ?

La seconde est que les instruments de protection privés tels que les codes de conduite et les standards créent de véritables droits subjectifs au profit des particuliers (personnes physiques et morales), invocables par eux dans le cadre d'un litige et susceptibles de faire l'objet d'un contrôle extérieur par des organismes privés non gouvernementaux. L'ensemble de la doctrine universitaire s'accorde à affirmer que la norme juridique étatique bénéficie d'une opposabilité[45], sans pour autant admettre cette qualité à une norme privée qui protège un droit ou une liberté[46], pour la simple et unique raison qu'elle n'a pas été posée par le législateur étatique. Or, selon nous, la norme privée est au contraire douée d'une large opposabilité. Encore faut-il, pour cela, définir l'"opposabilité", car cette notion juridique se prête à de multiples définitions doctrinales[47], à tel point qu'un auteur civiliste a pu la qualifier de notion

[44] On estime aujourd'hui à 79 000 le nombre de multinationales, à 790 000 le nombre de leurs filiales et succursales, et à plus de 30 000 le nombre d'ONG internationales . Il en découle un nombre important de législateurs privés potentiels adoptant et mettant en œuvre des règles protectrices des droits fondamentaux de portée quasi-universelle. Voir à cet égard L. Segerlund, *Making Corporate Social Responsibility a Global Concern: Norm Construction in a Globalizing World*, Surrey, Ashgate Publishing, 2013, p. 20.

[45] C. Pamboukis, *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1993, p. 42 : « L'opposabilité est un effet dont toute norme juridique est en principe dotée. Parfois, cependant, la loi soumet, pour des raisons qui tiennent essentiellement à la protection des tiers, l'opposabilité d'un acte ou d'un fait à l'accomplissement d'une formalité ». Voir aussi D. Bourcier, V. Tauziac, *Rapport final du standard technique à la norme juridique. Impacts et enjeux*. Rapport final, étude pour le Ministère de la Justice, 1995, p. 1 et s : « "Nul n'est censé ignorer la loi" : cet adage du droit français est une présomption de connaissance du droit en vigueur sans laquelle aucun ordre juridique n'est possible. En conséquence, la parution intégrale du texte de loi au J.O., dont tout citoyen peut prendre connaissance un jour franc après son arrivée au chef-lieu de canton (décret du 5 novembre 1870), est une condition sine qua non de son opposabilité ».

[46] Voir à ce propos les remarques de J-P. Chidiac, "Soft Law, Fuzzy Law, Non-Law : Intricacies of the Normative Market", *in* K-G. Giesen, K. Van der Pijl (sous la dir.de), *Global Norms in the Twenty-First Century*, Newcastle, Cambridge Scholars Press, 2006, p. 152 : « de nouveaux territoires normatifs et de nouvelles formes de régulation s'ouvrent. Ceux-ci soulèvent à leur tour un certain nombre de questions concernant la nature juridique, l'opposabilité et l'applicabilité des normes non étatiques » - « *new normative territories and new forms of regulation are opened up. These in turn raise a number of issues about the legal nature, opposability and enforceability of non-state norms* ».

[47] Sur les différentes définitions de la notion d'opposabilité, voir par exemple J. Duclos, *L'opposabilité: essai d'une théorie générale*, Paris, LGDJ, 1984, n°1, p. 22 ; R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, Paris, LGDJ, 2004, p.1 ; C. Kouchner, *De l'opposabilité en droit privé*, thèse, Nanterre, Paris X-Nanterre, 2004, p. 1 et s ; L. Chan-Tung, *L'opposabilité en droit international*, Paris, Editions Mare & Martin, 2012, 627 p ; C. Roulhac, *L'opposabilité des droits et libertés*, Paris, Institut universitaire Varenne, Collection des thèses, 2018, 712 p.

« incertaine »[48]. Il semble erroné de vouloir calquer l'opposabilité de la norme protectrice des droits fondamentaux de source non étatique sur la norme étatique[49].

Trois acceptions de cette notion sont ici possibles. Selon une première acception, la norme protectrice privée jouit d'une opposabilité « ascendante », c'est-à-dire que le bénéfice d'une telle norme peut être revendiqué par un particulier, personne physique ou morale, à l'encontre d'une entreprise qui l'a édictée ou y adhère. En effet, contrairement à une croyance largement répandue selon laquelle les entreprises multinationales agissent dans la quasi-impunité[50], on pourrait soutenir le contraire, en admettant que leur responsabilité puisse être finalement engagée, tant envers leurs cocontractants qu'envers les tiers, sur la base même de ces normes protectrices des droits et des libertés qu'elles édictent. Un exemple concret permet d'illustrer notre propos. Une multinationale élabore un code de conduite dans lequel elle s'engage à respecter les droits fondamentaux de ses salariés (liberté syndicale, liberté d'expression, droit à des conditions de travail sûres et saines). La question qui se pose est de savoir si ces dispositions

[48] D. Houtcieff, "Les sanctions des règles de formation des contrats", *in* F. Terré (sous la dir.de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 238.

[49] R. Cotterell, "Transnational Communities and the Concept of Law", *in* M. Giudice, et *alii* (sous la dir.de), *The Methodology of Legal Theory, Volume 1*, New York, Routledge, 2017, p. 412 : « La théorie juridique du droit doit se défaire du postulat sur lequel elle se fonde depuis l'avènement du positivisme juridique moderne. Ce postulat est fondé sur l'hypothèse que tout le droit est créé par l'État ou tire son autorité et sa validité de sa reconnaissance par les organes de l'État, et que sa garantie repose sur sa mise en application par l'État. De toute évidence, un grand nombre de règles répondent assurément à ces conditions qui la lient à l'État et il en sera ainsi dans un avenir proche. Mais une part importante de règles ne répond pas, totalement ou partiellement, à ces caractéristiques. Et il devient pénible de nier à une partie de ces règles le nom de droit, ou de les considérer comme juridiquement insignifiantes ou inférieures à la réglementation juridique de l'État. Un concept pluraliste utile du droit serait un concept qui reconnaîtrait l'importance actuelle (et probablement durable) du droit étatique, mais ne supposerait pas que tout le droit devrait être conforme ou comparé au modèle étatique du droit, ou exister dans un rapport inévitable de subordination ou de dépendance à l'égard du droit étatique » - « *Juristic legal theory needs to knock away the support on which it has been leaning since the rise of modern legal positivism. That support is the assumption that all law is created by the state or derives authority and validity from its recognition by agencies of the state, and that its guarantee is its enforceability by the state. Clearly, a vast amount of law still relies securely on these conditions that relate it to the state, and it will continue to do so for the foreseeable future. But much regulation lacks these characteristics, wholly or in part. And it is becoming embarrassing to deny some of this regulation the name of law, or to see it as legally insignificant, or as inferior to state legal regulation. A useful pluralist concept of law would be one that recognise the current (and probably enduring) prominence of state law but not assume that all law must be conform to or be measured against the state law model, or exist in inevitable subordination to or dependence on the law of the state* ».

[50] Voir par exemple A. Peters, et *alii*, "Towards Non-State Actors as Effective, Legitimate, and Accountable Standard-Setters", *in* A. Peters, et *alii* (sous la dir.de), *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 548 : « *It is claimed by many that while non-state actors are not unaccountable, the problem is that their accountability exists vis-à-vis the wrong constituencies, and/or that it is skewed towards the most powerful stakeholders* ». M. Delmas-Marty, "Humaniser la mondialisation", *in* M. Wieviorka, et *alii* (sous la dir.de), *Penser global: Internationalisation et globalisation des sciences humaines et sociales*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 2017, p. 33 : « En ce qui concerne les acteurs non étatiques, et plus particulièrement les entreprises transnationales, la réponse est à peine amorcée, soulignant le contraste entre leur puissance économique et financière et leur quasi-irresponsabilité ».

protectrices du salarié contenues dans son code de conduite sont opposables à ses propres salariés. Dit autrement, peuvent-ils en revendiquer le bénéfice à l'encontre de leur entreprise, s'il advenait que cette dernière ne les respecte pas ? Et *quid* des salariés de l'entreprise travaillant dans un pays où le droit du travail local s'avère être moins protecteur que le code de conduite privé ? De l'avis d'une grande partie de la doctrine[51], auquel nous souscrivons, ils peuvent bénéficier directement des droits et des libertés que leur confère le code de conduite, lesquels sont opposables à leur employeur par voie de contractualisation[52]. Cette contractualisation des dispositions protectrices du code privé peut prendre deux formes : - soit une clause inscrite dans le contrat de travail des salariés renvoie au code de conduite de l'entreprise multinationale, soit les salariés signent, en même temps que leur contrat de travail, le code de conduite[53]. À cet égard, comme le souligne Fabrizio Marrella, « *les travailleurs des pays moins développés et non protégés par le droit social local auront un intérêt à exiger le respect des droits sociaux contractualisés car, par hypothèse, ces droits sont plus protecteurs que le standard prévu par la loi du pays où l'on accomplit habituellement la prestation de travail* »[54].

La norme protectrice privée est ensuite dotée d'une opposabilité « descendante », ce qui signifie que l'acteur non étatique peut se prévaloir de sa propre norme à l'encontre d'un particulier,

[51] Voir par exemple R. De Quenaudon, "Le destinataire des normes RSE/O", *in* J-M. Tufféry-Andrieu, F. Laronze (sous la dir.de), *Les normes du travail : Une affaire de personnes?*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 171: « Eu égard à l'intitulé de ce colloque, nous devons limiter notre propos au destinataire salarié. Ce dernier est destinataire de la norme RSE/O à deux titres. Le premier, c'est pour en être l'agent d'exécution ; le second, c'est pour en être le bénéficiaire ». V. Lefebvre Dutilleul : « Les normes éthiques », *Archives de philosophie du droit*, 2013, Vol. 56, p. 283 : « La question de l'opposabilité des normes éthiques s'est posée à partir du milieu des années 2000 […]. Désormais les conditions de l'opposabilité aux salariés sont bien établies. Depuis, les salariés se sont également emparés du sujet puisqu'ils n'hésitent pas à opposer ces normes éthiques aux entreprises qui en sont les émetteurs ». M. Julien, "Code de conduite", *in* N. Postel, et *alii* (sous la dir.de), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2016, p. 50 : « l'entreprise pose des règles opposables à tous, y compris à elle-même ».

[52] F. Marrella, *Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales*, La Haye , *RCADI*, t.385, 2017, p. 274 : « Du point de vue du contrat de travail entre la STN et un salarié, un code de conduite peut être qualifié comme « un outil permettant de réunir en un document, selon un contenu et un degré de précision variables, les engagements et obligations respectifs de l'employeur et des salariés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ». A notre époque, il s'agit donc de codes de conduite contenant, inter alia, non seulement des droits mais aussi des obligations pour les salariés. Pour ce qui est des droits sociaux du travailleur correspondant à des obligations de l'employeur et fondés sur de telles démarches volontaires, il apparaît bien qu'en cas de contractualisation il sera possible au salarié d'en exiger le respect ».

[53] C. Etre, "Codes de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : soft law et droit", *in* B. Boidin, et *alii* (sous la dir.de), *La responsabilité sociale des entreprises: une perspective institutionnaliste*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion, 2009, p. 79 ; C. Keinert, *Corporate Social Responsibility as an International Strategy*, Heidelberg, Springer, 2008, p. 84.

[54] F. Marrella, *ibid*.

personne physique ou morale. Tel est, par exemple, le cas de l'ONG, puisque l'insertion de ses normes protectrices des droits et des libertés dans la sphère privée transnationale a pour point d'ancrage les contrats qu'elle conclut avec les entreprises du monde entier[55]. Il s'ensuit que si ces acteurs privés économiques ne se conforment pas à la production normative de l'ONG en matière de droits fondamentaux, non seulement cela serait constitutif d'une violation du contrat qui les lie à l'ONG, mais celle-ci pourrait invoquer à leur encontre le bénéfice de ses normes protectrices des droits et des libertés par le jeu de la responsabilité civile de droit commun. Citons un exemple pratique en la matière : une entreprise du secteur textile dont le siège social se situe en Tunisie signe un contrat avec la *Fear Wear Foundaction* (FWF)[56], en vertu duquel elle s'engage à adhérer et à respecter les standards de l'ONG (*FWF Code of Labour Practices*), protecteur des droits des travailleurs[57]. Il s'avère cependant que cette entreprise débitrice contractuellement des droits fondamentaux de ses travailleurs enfreint les standards de l'ONG car d'une part, ses travailleurs perçoivent un faible salaire et d'autre part, ils travaillent dans des conditions déplorables, ce qui entre en contradiction avec l'esprit des standards de l'ONG[58]. Dans ce cas précis, cette dernière peut, selon nous, engager la responsabilité contractuelle de l'entreprise fautive[59], en invoquant à son encontre le non-respect de ses standards protecteurs

[55] Différents types de contrats peuvent être passés entre l'entreprise et l'ONG, tels que le contrat d'adhésion (par exemple, FLA), le contrat de certification (par exemple, FSC) ou le contrat de label (par exemple, FLO), qui comportent généralement une clause renvoyant au droit que sécrète l'ONG, que ce soit à travers le code de conduite, ou à travers les standards privés. Cf. A. Beckers, *Enforcing Corporate Social Responsibility Codes, On Global Self-Regulation and National Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p.51 ; E. Del Pozo, O. Albert, *Pour un commerce équitable: expériences et propositions pour un renouvellement des pratiques commerciales entre les pays du Nord et ceux du Sud*, Paris, ECLM, 1998, p. 79.

[56] Cette ONG a pour objectif d'améliorer les conditions de travail de l'ensemble des travailleurs de l'industrie du vêtement et, à ce titre, elle est amenée à créer des standards privés qui s'appliquent *de facto* à l'échelle internationale, par l'entremise des chaînes de production du vêtement. Elle collabore activement avec quatre-vingt grandes sociétés européennes du secteur du textile et de l'habillement et ce, dans le but de promouvoir et de rendre effectifs les droits fondamentaux des travailleurs dans leurs sphères d'activités. Pour ce faire, elle a élaboré des standards porteurs de droits et libertés des travailleurs des sites de production des entreprises membres de la FWF (*FWF Code of Labour Practices*). Il est intéressant de relever que ces normes privées sont à la fois contraignantes pour les entreprises membres de l'ONG et leurs fournisseurs étrangers, quel que soit l'endroit où ils exercent leurs activités . Il bénéficie, en effet, d'une effectivité concrète dans de nombreux sites de production de pays tels que, par exemple, en Tunisie, en Turquie, en Chine, au Vietnam, en Birmanie, au Bangladesh et en Inde. Cf. site Internet de la Fair Wear Foundation, disponible à l'adresse suivante : https://www.fairwear.org/labour-standards/

[57] K. Lukas, et *alii*, *Corporate Accountability: The Role and Impact of Non-Judicial Grievance Mechanisms*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 192 : « *The FWF Code of Labour Practices is an agreement between a company and FWF*… ».

[58] Voir Fair Wear Foundation complaints report, « Complaint – KOI– Tunisia », 2 août 2017, disponible à l'adresse suivante : https://www.fairwear.org/wp-content/uploads/2017/08/Complaint-report-KOI-new-complaint-March-2017.pdf

[59] K. Lukas, et *alii*, *op. cit.*, p. 193 : « En cas de non-respect des codes de la FWF, la partie contrevenante peut être sanctionnée ou le contrat peut être résilié » - « *In case of failure to comply with the FWF codes, the offending party can be sanctioned or the contract can be cancelled* ».

des droits du salarié, tels que les droits à un salaire décent[60] et à des conditions de travail respectueuses de la santé des salariés[61] ; et ce d'autant plus que les salariés de l'entreprise sont contractuellement bénéficiaires des droits fondamentaux garantis par le droit de la FWF.

La protection de ces normes privées pourrait être enfin invoquée directement dans un litige entre particuliers, c'est-à-dire par un particulier à l'encontre d'un autre particulier : on parle alors d'une opposabilité « horizontale » des normes protectrices privées[62]. Leur montée en puissance dans la sphère transnationale concomitante à l'effacement progressif des réglementations juridiques étatiques débouche sur un processus irrémédiable et irréversible d'horizontalisation des droits fondamentaux, par lequel l'opposabilité des droits fondamentaux de source non étatique s'étend de plus en plus aux rapports horizontaux entre particuliers[63]. Dans ce type de rapports, le bénéfice d'une norme non étatique porteuse de droits et de libertés peut être, à notre sens, revendiqué par un particulier (personne physique) à l'encontre de l'autre particulier (personne physique ou morale). Un exemple tiré de la pratique permet d'expliciter notre propos. Un contrat est conclu entre une puissante transnationale dans l'habillement et un sous-traitant établi au Bangladesh, pour la fabrication et la conception de vêtements[64]. Une

[60] Fair Wear Foundation, « Code of Labour Practices », 2016, p. 1, disponible à l'adresse suivante : https://www.fairwear.org/wp-content/uploads/2016/06/fwfcodeoflabourpractices.pdf : « Les salaires et avantages versés pour une semaine de travail normale doivent respecter au minimum les normes légales ou minimales du secteur et doivent toujours être suffisants pour répondre aux besoins essentiels des travailleurs et de leurs familles et pour assurer un certain revenu discrétionnaire. (Conventions 26 et 131 de l'OIT) » - « *Wages and benefits paid for a standard working week shall meet at least legal or industry minimum standards and always be sufficient to meet basic needs of workers and their families and to provide some discretionary income. (ILO Conventions 26 and 131)* ».

[61] Fair Wear Foundation, *op. cit*., p. 2 : « Un environnement de travail sûr et hygiénique doit être mis en place et les meilleures pratiques en matière de santé et de sécurité au travail doivent être encouragées, en tenant compte des connaissances actuelles du secteur et des risques spécifiques » - « *A safe and hygienic working environment shall be provided, and best occupational health and safety practice shall be promoted, bearing in mind the prevailing knowledge of the industry and of any specific hazards* ».

[62] Nous utilisons ici des termes empruntés à S. Leclerc, *Droit de l'Union européenne 2017-2018: Sources - Caractères – Contentieux*, Paris, Gualino, 2017, 240 p.

[63] Pour une définition de l'« horizontabilité des droits fondamentaux », voir V. Van der Plancke, N. Van Leuven, "La privatisation du respect de la Convention européenne des droits de l'homme: faut-il reconnaître un effet horizontal généralisé?", *in* Collectif, *Entre ombres et lumières: cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 192 : « L'effet horizontal consiste en effet à étendre l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports entre particuliers. « Privatisés », les droits fondamentaux deviennent plus pleinement un ordre axiologique, un système objectif de valeurs, doté d'une fonction sociale : ils se distillent dans les relations interindividuelles pour en orienter l'issue. Cette dimension « horizontale » des droits de l'Homme, en imposant des obligations nouvelles sur les personnes privées, renforcerait l'effectivité des droits de chacun, puisqu'elle ajoute au débiteur étatique de la protection un nombre indéterminé de débiteurs privés ».

[64] A. B. Carroll, et *alii, Business & Society: Ethics, Sustainability & Stakeholder Management,* 10e éd., Stamford, Cengage Learning, 2016, p. 743 : « H&M est le principal acheteur de textile au Bangladesh, d'une valeur de 20 milliards de dollars » - « *H&M is the leading buyer of clothing from Bangladesh's $20 billion garment industry* ».

clause de ce contrat prévoit que le sous-traitant respecte scrupuleusement le code de conduite de la société, lequel impose, entre autres, que l'employeur garantisse des conditions de travail sûres et saines[65]. Imaginons maintenant que les salariés de l'entreprise sous-traitante soient confrontés à des conditions de travail difficiles et dangereuses, entendant ainsi mettre en jeu la responsabilité de leur employeur. Une question se pose d'emblée : peuvent-ils se prévaloir des dispositions porteuses de droits fondamentaux du code de conduite de la société transnationale à l'encontre de leur employeur, alors même qu'ils sont tiers au contrat conclu entre ce dernier et la société transnationale ? Selon un courant doctrinal contemporain, auquel nous nous rallions, il est possible de répondre par l'affirmative. En effet, en procédant à une interprétation des codes de conduite, on y trouve, nécessairement, des dispositions créant des droits au bénéfice des tiers, tels que ceux relatifs au droit du travail[66]. Non seulement, donc, les acteurs privés sont débiteurs des droits et libertés fondamentaux de source non étatique que garantit le

[65] Voir le Rapport de l'OIT, "Promouvoir une mondialisation juste dans le secteur dans le secteur des textiles et de l'habillement dans un environnement « post-AMF » : Rapport soumis aux fins de discussion à la Réunion tripartite pour promouvoir une mondialisation juste dans le secteur des textiles de l'habillement dans un environnement « post-AMF »", Genève, Bureau international du Travail, 2005, p. 65 : « Les entreprises du secteur du textile et des vêtements ont pris plusieurs genres d'initiatives pour tenir compte de la dimension sociale de leur industrie. Pour beaucoup, cela a pris la forme d'un code de conduite concernant les droits des travailleurs dans leur filière d'approvisionnement, et ces codes de conduite les ont amenées à prendre toutes sortes d'initiatives, seules ou en commun, pour faire face aux répercussions sociales du démantèlement de l'AMF [accords multifibres] : modernisation des usines, revalorisation des compétences des travailleurs, aide pour assurer le respect des droits au travail, etc. C'est ainsi que H&M a ouvert au Bangladesh un centre de formation à la couture destiné aux jeunes qui leur permet de se perfectionner tout en améliorant leur productivité ».

[66] Voir à ce propos A. Beckers, *op. cit.*, pp. 150-151 : « Le terme qui spécifie une obligation pour l'une des parties au contrat peut-il être interprété comme une obligation contraignante qui confère un bénéfice au tiers, étranger au contrat ? Et, résulte-t-il d'une telle obligation, que le tiers bénéficiaire puisse acquérir un droit autonome de réalisation des droits en plus ou à la place de l'autre partie au contrat ou sinon, est-il du moins possible d'interpréter les codes de conduite des entreprises comme une obligation bilatérale qui confère un avantage aux parties tierces ? […] Premièrement, une interprétation des codes dans le sens de droits opposables aux tiers constitue une option possible pour ce qui a trait aux dispositions des codes des entreprises qui confèrent soit un droit explicite et autonome au bénéfice d'un tiers, soit une obligation qui ne peut être conçue qu'au profit d'un tiers. Les exemples les plus significatifs de ces avantages indiscutables sont les obligations du code qui sont énoncées au bénéfice direct du travailleur, telles que le paiement d'un salaire minimum, l'encadrement de la durée du travail ou des clauses expresses anti-discriminatoires qui sont directement incluses dans un contrat au bénéfice des travailleurs » - « *Can the term that specifies an obligation for one of the contracting parties be interpreted as a binding obligation to confer a benefit upon a party that is a stranger to the contract ? And, as a result of such an obligation, could the benefiting third party acquire an autonomous enforcement right in addition to or instead of the other contracting party, or, if not, is it at least possible to interpret the corporate codes as a bilateral obligation to confer a benefit upon third parties ?* […] *First, an interpretation of the codes as enforceable third party rights is considered a feasible option with respect to those provisions in the corporate codes that contain either an explicit enforcement right for a third party or an obligation that can only be conceived as being for the benefit of a third party. The most apparent examples of such uncontroversial benefits are code obligations that are phrased as direct benefits for employees, such as the payment of minimum wages, the obligation not to exceed specified working hours or explicit agreements not to discrimnate where this anti-discrimination clause is explicitly included in a contract in order to benefit employees* ».

droit qu'ils créent ou auquel ils adhèrent[67], mais ceux-ci, en eux-mêmes, et par les valeurs qu'ils véhiculent, sont de toute manière opposables à tous[68]. Ceci revient donc à considérer que les droits fondamentaux, qu'ils soient de source étatique ou non, bénéficient simplement en raison de leur contenu et de leur valeur, d'une opposabilité *erga omnes,* indépendamment du support qui les exprime.

CONCLUSION

Les normes non étatiques porteuses de droits et de libertés ont donc pour caractéristique première d'être directement « opposables » à l'ensemble des acteurs de la vie économique et, au premier chef, les entreprises multinationales, leurs contractants, sous-traitants, fournisseurs et concessionnaires[69], ce qui a pour corollaire que les bénéficiaires personnes physiques de ces droits fondamentaux (comme les consommateurs, les salariés, les communautés locales, voire tout individu) peuvent dorénavant se servir de ces normes privées qui les portent pour se protéger contre toute atteinte ou violation perpétrées par ces débiteurs personnes morales des droits fondamentaux garantis par le droit non étatique. Une autre particularité tient à ce que ces droits et libertés de source privée sont « exigibles » de ces acteurs économiques : autrement dit, ils se trouvent tenus, en vertu des normes non étatiques qu'ils édictent ou auxquelles ils décident d'adhérer, d'intervenir jusque dans la sphère publique pour garantir leur effectivité. Ceci invite à repenser le concept d'opposabilité, ainsi que d'autres notions qui lui sont connexes telles que l'applicabilité, l'exigibilité, l'invocabilité et la justiciabilité[70], sans devoir s'appuyer sur des critères posés par le droit étatique, qui visiblement ne détient manifestement pas, ou du moins plus, le monopole de la création et de la mise en œuvre des droits fondamentaux dans notre monde contemporain.

---

[67] G. Teubner : « La matrice anonyme : de la violation des droits de l'homme par des acteurs « privés » transnationaux », *Revue critique de droit international privé*, 2016, p. 591 : « L'effet « horizontal » des droits fondamentaux, c'est-à-dire la question de savoir si ceux-ci imposent des obligations non seulement aux organismes gouvernementaux, mais aussi directement aux acteurs privés, est en train de prendre une tournure bien plus spectaculaire dans la sphère transnationale, que jusqu'à présent à l'échelle nationale. La problématique ne survient pas seulement lors de la violation des droits fondamentaux par des entreprises pharmaceutiques dans le contexte de l'épidémie mondiale de sida, mais a également causé une grande émotion à l'occasion de plusieurs scandales dans lesquels plusieurs entreprises transnationales se trouvaient impliquées ».

[68] D. Terré, *Les questions morales du droit*, Paris, PUF, 2007, p. 95 : « Libertés et droits fondamentaux sont opposables à tous et à toutes en tous domaines ».

[69] M. Julien, *ibid*.

[70] Comme l'observe Cédric Roulhac dans sa thèse sur l'opposabilité des droits et libertés, les usages du concept d'opposabilité restent malheureusement souvent peu explicités par la doctrine juridique, tandis que l'utilisation de ces notions « voisines » en droit positif demeure génératrice d'ambiguïtés (C. Roulhac, *ibid*).