

L’AFFAIRE DU TRAMWAY DE JERUSALEM
VOIR OU REGARDER ? LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DERRIERE
L’ŒIL DU JUGE JUDICIAIRE

Anna GLAZEWSKI¹

Attachée Temporaire d’Enseignement et de Recherche en droit public,
Centre de recherche sur les droits de l’homme et le droit humanitaire (CRDH)
Université Paris II Panthéon-Assas

Résumé

Cette note revient sur l’interprétation du droit international humanitaire retenue par la Cour d’appel de Versailles à l’occasion d’un litige relatif à la participation, par deux entreprises françaises, à la construction d’un tramway pour la ville de Jérusalem.

This note analyzes the international humanitarian law interpretation made by the Versailles Court of Appeal about the litigation relating to french corporations participation to the tramway of Jerusalem construction.

Introduction

L’arrêt rendu le 22 mars 2013 par la Cour d’appel de Versailles offre un exemple de lecture restrictive, par le juge judiciaire, d’instruments de droit international public relatifs au droit humanitaire et à la protection des droits de l’homme. Chargée de statuer sur le bien-fondé d’une action en responsabilité civile à l’encontre de deux entreprises participant à la construction d’un tramway pour la ville de Jérusalem, la juridiction versaillaise adopte une interprétation pour le moins inégale du droit international, dont cette note entend rendre compte en recourant à une vision métaphorique de l’œil du juge.

Selon la Cour, ni le droit conventionnel ni le droit non-écrit relatifs aux droits de l’homme et au droit international humanitaire ne contiendraient de règles permettant de mettre en œuvre la responsabilité civile de ces entreprises pour une violation d’une règle

¹ Mes remerciements s’adressent à Harald Condé Piquer pour sa relecture et ses commentaires critiques.

de droit international public. Cette lecture, qui nous paraît restrictive, est-elle le produit d'un champ de vision du droit international public volontairement restreint par le juge versaillais (celui-ci *choisissant* de regarder le droit positif de cette façon) ou bien résulte-t-elle d'une approche plus naïve du droit international public, celui-ci *s'imposant à la vision* d'un juge acceptant de s'en tenir au poids des apparences ? La réponse à cette question ne nous appartient pas : elle ne consisterait qu'en une pure spéculation sur les motifs psychologiques ayant conduit les juges de la juridiction de Versailles à trancher en ce sens. Reste qu'il est possible de décrire le produit de cette interprétation. Entre voir et regarder, il y a tout un jeu d'adaptation de l'œil du juge aux contours du droit international positif en cause. C'est de ce jeu dont cette note entend rendre compte.

I. La construction du tramway de Jérusalem : épiphénomène d'un contentieux international inscrit dans la durée

A. Les faits de l'espèce

En décembre 1999, l'Etat d'Israël émit un appel d'offres international pour la construction et l'exploitation d'un tramway dans la ville de Jérusalem. Deux sociétés de droit français, Alstom transport et Cgea Connex (devenue Véolia), ainsi que plusieurs sociétés de droit israélien, ont constitué une société de droit israélien pour répondre à cet appel d'offre. Cette société, « Citypass », fut ainsi constituée à 25% par les entreprises françaises précitées, et à 75% par les sociétés israéliennes. Citypass remporta l'appel d'offres et conclut, en septembre 2004, un contrat de concession de service public pour trente ans avec l'Etat d'Israël. Il s'agit d'un contrat assez classique, que l'on retrouve dans de nombreux autres domaines de la vie publique (en matière pénitentiaire notamment – sauf, et il s'agit d'une précision intéressante, en Israël²), visant à la conception, le financement, la construction et l'exploitation et l'entretien d'un tramway dans la ville de Jérusalem³.

² Voir l'arrêt de la Cour suprême israélienne, HCJ, 19 novembre 2009, *Academic Center of Law and Business v. Minister of Finance*, 2605/05 : la juridiction suprême refuse une loi autorisant la gestion privée d'un établissement pénitentiaire. Pour une vision d'ensemble sur la réception, par le droit international relatif aux droits de l'homme, de ce phénomène de privatisation de l'activité pénitentiaire, voir GLAZEWSKI Anna, « La privatisation des prisons et le droit international relatif aux droits de l'homme : un impensé ? » in CHEVANDIER Christian, LARRALDE Jean-Manuel, TOURNIER Pierre-Victor (dir.), *Enfermements, Justice et Libertés. Aujourd'hui et hier, ici et ailleurs*, deuxième colloque jeunes chercheurs sur la privation de liberté, l'Harmattan, coll. « Criminologie », 2014, 161-174.

³ On parle ainsi couramment de contrat « DFCM » pour *Design, Finance, Construct and Manage*.

En février 2007, l'Association France-Palestine Solidarité (ci-après « AFPS ») a fait assigner les deux sociétés françaises devant le tribunal de grande instance de Nanterre en annulation pour cause illicite du contrat de concession. L'Organisation de Libération de la Palestine (ci-après « OLP ») intervint à l'instance. Le tribunal opposa une irrecevabilité à l'OLP, celle-ci n'ayant, pour le tribunal, pas qualité à agir. Au fond, les deux entités demandaient la nullité des contrats passés par les deux entreprises en question. L'AFPS et l'OLP considéraient en effet que la cause de ces contrats était illicite au sens des articles 1131 et 1136 du Code civil⁴ : l'illicéité de la cause découlerait de ce que les contrats seraient contraires à plusieurs règles de droit international humanitaire. Le tribunal débouta l'AFPS au motif que les dispositions invoquées ne créaient pas d'obligations directes à la charge des entreprises privées. « [N]i l'ordre public international, ni le *jus cogens*, ni la coutume », ne sauraient en effet, selon le tribunal, pallier l'absence d'effet direct des conventions. Le tribunal considéra en outre que même en admettant que la conclusion du contrat de concession par Israël constitue une violation de ses engagements internationaux, cela ne priverait pas nécessairement le contrat de concession de sa cause : en effet, le contrat n'était pas soumis au droit français mais au droit israélien. Enfin, sur le dernier moyen, relatif à la mise en œuvre de la responsabilité civile des deux entreprises sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, le tribunal considéra que la faute des sociétés pour violation de leurs règles éthiques personnelles ne pouvait être établie.

En parallèle de l'action civile, l'AFPS déposa une requête devant le tribunal administratif de Paris, par laquelle elle invoqua la responsabilité de l'Etat français pour son soutien à la participation de Véolia et Alstom à la construction et au fonctionnement du tramway. Tant le tribunal administratif⁵ que le Conseil d'Etat rejetèrent la requête au motif qu' « aucune stipulation de [la quatrième convention de Genève] ni aucun principe de droit public international ne permettait d'engager la responsabilité de l'Etat à raison des supposés manquements d'entreprises françaises aux stipulations de la quatrième convention de Genève »⁶.

⁴ Les articles 1131 et 1136 du Code civil, invoqués par les demandeurs en première instance comme en appel, précisent les règles entourant la cause des conventions civiles. L'article 1131 précise ainsi que la cause d'une obligation doit, à peine de nullité, être licite. L'article 1136, lui, énonce que « La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public ».

⁵ Tribunal administratif de Paris, 6^{ème} section – 1^{ère} chambre, 28 octobre 2011, n° 1004813/6-1, Association France-Palestine Solidarité c. Etat.

⁶ Conseil d'Etat, 7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies, 3 octobre 2012, n° 354591, Inédit au recueil Lebon.

Devant la Cour d'appel de Versailles, l'argumentation des requérantes reste globalement la même qu'en première instance : parce que le tramway passe notamment par la partie « Est » de la ville, les deux organisations, l'AFPS et l'OLP, entendent faire annuler le contrat, en se fondant sur les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil. En effet, selon elles, la cause du contrat serait contraire aux articles 49 et 53 de la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre⁷ ; les articles 23(g) et 46§2 du Règlement de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre⁸ ; les articles 4.1 et 4.3 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé⁹. Les appelantes s'en prévalent donc afin de faire constater l'illicéité de la cause de l'ensemble contractuel constitué par le contrat de concession dont les deux sociétés françaises se sont portées garantes de l'exécution, le pacte d'actionnaire qu'elles ont signé et le contrat d'exploitation qu'Alstom a conclu avec la société Citypass. Par ailleurs, l'AFPS et l'OLP invoquent le Pacte Mondial¹⁰, auquel ces sociétés auraient adhéré, ainsi que les codes d'éthique qu'elles ont adoptés pour obtenir l'interdiction en justice de la poursuite de l'exécution des contrats en cause, sous astreinte.

L'argumentation des appelantes, telle qu'assez maladroitement reproduite par la Cour d'appel¹¹, repose ainsi sur l'idée que les contrats « concernent » (avec toute la latitude d'interprétation que ce terme emporte) la construction illégale d'un tramway par l'Etat d'Israël. Ce n'est pas tant la construction que le tracé de la trajectoire du tramway

⁷ Prohibant respectivement à la puissance occupante, de déporter, transférer ou évacuer des personnes protégées hors du territoire occupé et de détruire les biens (mobiliers ou immobiliers, en la possession de personne privées ou publiques).

⁸ Prohibant respectivement la destruction ou la saisie des propriétés ennemies et la confiscation de la propriété privée.

⁹ Visant le respect des biens culturels et prévoyant, pour les Etats parties, une obligation d'interdiction, de prévention et de répression des vols, pillages ou détournements de biens culturels ainsi que des actes de vandalisme à leur égard.

¹⁰ Sur cette initiative lancée dans le cadre de l'Organisation des Nations unies, à destination des entreprises, voir <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/> (visité le 30 juin 2014).

¹¹ Elle est ainsi formulée : « Au fond, elles font valoir que le contrat de concession, le pacte d'actionnaires et le contrat d'ingénierie d'approvisionnement et de construction ont une cause illicite en ce qu'ils concernent la construction illégale par l'Etat d'Israël qui viole le droit international public prévu par diverses conventions internationales et que, de toute façon, les sociétés ont manqué à leurs engagements de respecter les normes internationales invoquées résultant de leur code d'éthique et de leur adhésion au Pacte Mondial (2000) ». La lecture de cet extrait ne nous permet pas, en effet, d'identifier avec précision l'étendue matérielle de l'illicéité invoquée : la construction du tramway dans son ensemble ou plus précisément son tracé, en ce qu'il passe par la zone « Est » de Jérusalem ? Il apparaît que c'est la deuxième option qui doit être privilégiée. L'AFPS a en effet précisé, sur son site internet (<http://www.france-palestine.org/L-AFPS-et-l-OLP-font-appel-du>), contester le fait que la construction du tramway favorise « l'expansion de la colonisation illicite de Jérusalem Est par l'Etat d'Israël, le tracé de la ligne de tramway qui en est l'objet tendant à relier le Centre de Jérusalem Ouest à des colonies de l'Est, installées sur des terres confisquées aux Palestiniens ».

qui semble poser problème : cette trajectoire contribuerait à alimenter le processus de colonisation israélien¹². A titre reconventionnel, les deux sociétés françaises demandent, elles, à la Cour, de constater que les démarches judiciaires des appelantes constituent des actions de dénigrement constitutives d'un préjudice d'image, de réputation et d'atteinte à leurs intérêts vitaux. Dans l'ensemble, les deux sociétés font valoir l'inapplicabilité des dispositions de droit international invoquées à leur rencontre et ce en raison du fait qu'il s'agit de personnes morales de droit privé. Par ailleurs, la preuve de l'illicéité de la construction ne serait pas rapportée, de sorte qu'aucune action en responsabilité délictuelle ne saurait être valablement intentée à leur rencontre.

En ce qui concerne la recevabilité de l'appel, la Cour inverse la solution retenue en première instance : l'OLP est déclarée recevable à agir tandis que l'AFPS ne l'est plus (cette dernière ne justifie pas de la défense d'un intérêt collectif propre à ses membres, ses demandes semblent ainsi relever de l'*actio popularis*). Avant de nous intéresser à l'analyse opérée au fond, il est nécessaire de nous attarder sur le contexte international dans lequel s'insère cette affaire.

B. Le contexte tu par la Cour d'appel de Versailles : l'affaire du Mur

Près de dix ans avant cet arrêt, la Cour internationale de Justice a rendu un avis, à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies¹³, sur les conséquences de l'édification du mur qu'Israël était en train de construire dans le territoire palestinien, en tant que puissance occupante sur le territoire occupé¹⁴. En 2003, l'Assemblée générale avait déjà eu l'occasion d'adopter une résolution exigeant qu'Israël arrête la construction du mur et respecte la ligne d'armistice de 1949¹⁵.

La convention d'armistice, conclue le 3 avril 1949 entre Israël et la Jordanie, avait en effet fixé la ligne de démarcation entre forces israéliennes et forces arabes : à

¹² *Idem*. C'est également la position retenue par l'OLP, finalement seule appelante dont les prétentions sont jugées recevables par la Cour ; l'OLP soutient en effet que l'illicéité de la construction découle de « son tracé qui en donne accès aux colons israéliens et [d]es conséquences de sa construction en résultant pour le peuple palestinien ».

¹³ Assemblée générale des Nations Unies, 8 décembre 2003, Résolution A/RES/ES-10/14, Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé.

¹⁴ Cour Internationale de Justice, Avis consultatif du 9 juillet 2004, Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Recueil 2004, p. 136.

¹⁵ Assemblée générale des Nations Unies, Résolution A/RES/ES-10/13 du 21 octobre 2003, Mesures illégales prises par Israël à Jérusalem-Est occupée et dans le reste du territoire palestinien occupé.

l'Est de cette « Ligne verte », la Cisjordanie revenait aux forces arabes. Israël l'occupa à la suite de la Guerre des Six jours. La ville de Jérusalem, à la « frontière » entre ces deux zones territoriales, avait subi une partition depuis les accords de 1949. Sa partie « Est » devait revenir aux forces arabes.

Dès 1971, le Conseil de Sécurité affirma le caractère « inadmissible » de l'acquisition d'un territoire par la conquête militaire¹⁶. Bien que la Knesset ait considéré, en adoptant une loi fondamentale en 1980¹⁷, que toute la ville constituait la « capitale une et indivisible d'Israël », le Conseil de Sécurité des Nations Unies considéra que l'adoption de cette loi fondamentale constituait une violation du droit international par Israël et refusa de la reconnaître¹⁸. Il reste qu'Israël maintint sa présence sur ce territoire.

En 2004, dans son avis relatif aux conséquences de l'édification d'un mur, la Cour internationale de Justice considéra que la présence israélienne sur le territoire palestinien consistait toujours une occupation, de sorte qu'il fallait considérer Israël comme puissance occupante au sens du droit international. C'est ainsi de la construction de ce qu'Israël appelle depuis 2002 « clôture de sécurité » dans plusieurs endroits de la Cisjordanie, visant à protéger l'intégrité du territoire et de la population de cet Etat, dont il s'est agi en 2004 pour la Cour, d'apprécier la conformité au droit international. Si la formulation de la demande d'avis ne mentionnait que les « conséquences » juridiques de l'édification du mur, la Cour admit en effet la nécessité de se prononcer en amont sur la licéité de cette construction¹⁹. Elle conclut que l'édification du mur constituait une violation, par Israël, de ses engagements internationaux, notamment en matière de droit international humanitaire. La Cour conclut en particulier à la violation par Israël du droit, pour le peuple palestinien, à l'autodétermination²⁰.

¹⁶ Conseil de Sécurité des Nations Unies, Résolution 298 (1971) du 25 septembre 1971.

¹⁷ En anglais : *Basic Law : Jerusalem – Capital of Israel*, adoptée le 30 juillet 1980. La version anglaise de cette loi fondamentale est consultable sur le site du Ministère des Affaires Etrangères : <http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1980-1989/pages/basic%20law-%20jerusalem-%20capital%20of%20israel.aspx> (consulté le 30 juin 2014).

¹⁸ Conseil de Sécurité des Nations Unies, Résolution 478 (1980) du 20 août 1980, §§ 2 et 5 respectivement.

¹⁹ Elle se prononce en ce sens au stade de l'examen de sa compétence, § 39 : « En l'espèce, si l'Assemblée générale prie la Cour de dire « [q]uelles sont en droit les conséquences » de la construction du mur, l'emploi de ces termes implique nécessairement de déterminer si cette construction viole ou non certaines règles et certains principes de droit international. Il est donc clair que la Cour est tout d'abord invitée à déterminer si ces règles et principes ont été violés et le demeurent du fait de la construction du mur selon le tracé projeté ».

²⁰ § 122 de l'Avis précité.

Du constat de violation, par Israël, de ses engagements en matière de droit international découlèrent deux conséquences principales : à l'égard Israël, l'obligation de cesser la construction, de réparer ce fait illicite (par la restitution des terres et biens endommagés ou, en cas d'impossibilité, par l'indemnisation) et de s'engager à ne pas le reproduire ; à l'égard des autres Etats, une obligation « de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est », ainsi que « de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction »²¹. Cette dernière position tient particulièrement au fait que, comme la Cour avait eu l'occasion d'affirmer dix ans auparavant, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes est un droit opposable *erga omnes*²².

Alors que l'on comprend aisément que la construction d'un tramway dont l'itinéraire passe par la partie Est de la ville soit un sujet sensible, il est plus difficile de justifier le silence de la Cour d'appel de Versailles sur cet état de fait.

II. Le raisonnement de la Cour d'appel de Versailles quant au droit international public : variations des capacités visuelles du juge

La Cour opère un raisonnement en deux temps, procédé somme toute classique dans le cadre de la mise en œuvre d'une responsabilité délictuelle : elle exige la preuve d'une faute et d'un préjudice en lien direct avec la faute. La Cour ne s'en tiendra qu'au premier point : concluant à l'absence de faute, elle estimera en effet inutile de se prononcer sur le second. Il convient donc de se pencher désormais sur le raisonnement ayant conduit la Cour à se prononcer ainsi ; nous en suivrons l'architecture pour notre analyse. Dans un premier temps, la Cour examine la question de la participation, par les sociétés, à des contrats dont la cause violerait des normes de droit international. Dans un second temps, elle se penche sur la question du non respect par les sociétés de leurs engagements éthiques.

²¹ § 159 de l'Avis précité.

²² Cour Internationale de Justice, Affaire relative au Timor oriental (*Portugal c. Australie*), recueil 1995, p. 102, §. 29.

Sur le premier point, l'OLP estime qu'en tant qu'actionnaires de Citypass, les sociétés en cause sont « directement concernées » par l'exécution du contrat de concession. Les contrats auxquels elles sont parties sont illicites en ce qu'Israël viole les obligations lui incombant au titre du droit international humanitaire. En particulier, l'OLP invoque l'article 49 de la quatrième Convention de Genève, qui prohibe la déportation ou le transfert, par la puissance occupante, d'une partie de sa propre population civile dans le territoire occupé par elle ; elle invoque également plusieurs dispositions prohibant la destruction des biens culturels²³.

A. Le très bref examen par la Cour d'appel de la légalité de la construction du tramway (un exemple d'hypermétropie juridique du juge)

Nous l'avons dit, l'OLP considère que la participation aux contrats permettant la construction est constitutive d'une faute délictuelle entraînant la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises. Or la Cour, avant d'examiner ce point, soulève de manière prudente et assez laconique – ou maladroite, selon le point de vue que le lecteur voudra retenir – la question de la licéité de la construction du tramway en elle-même. Elle relève en effet, à titre liminaire, qu'il n'est pas prouvé, au moment où elle connaît du litige, d'une « condamnation de la construction du tramway, sur le plan international ». Dès lors, le lecteur s'attend à ce que la Cour examine ce point en profondeur ou à ce qu'elle conclue directement à l'absence de faute commise par les deux entreprises – comment cette faute pourrait-elle en effet exister si la construction du tramway n'est en elle-même pas illicite ? Pourtant, la Cour se détourne immédiatement de cette question et entame une longue et pénible énumération des fondements juridiques invoqués par l'OLP pour conclure à leur inopposabilité à cette dernière.

L'absence d'examen de la licéité de la construction est problématique mais elle ne paraît pas surprenante à première vue – mais à première vue seulement. Ce silence prive le raisonnement de sa cohérence, comme nous venons de le souligner. Toutefois, il paraît compréhensible que le juge interne se refuse à se prononcer sur la licéité des agissements d'un Etat à l'encontre d'un autre. Reste que l'affaire en cause n'était pas « nouvelle ». S'il faut évidemment reconnaître qu'en soi, la construction du tramway n'a

²³ Article 53 de la quatrième Convention de Genève ; article 4 de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 ; article 27 du Règlement de La Haye de 1907 ; article 5 de la Convention IX de La Haye de 1907 ; article 53 du protocole additionnel n°1 aux Conventions de Genève.

pas été expressément visée par une disposition d'une quelconque résolution de l'un des organes des Nations Unies, il nous paraît difficile d'oublier l'avis de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Mur : « [t]ous les Etats parties à la convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention »²⁴. Il existe donc, depuis cet avis, plus qu'une habilitation expresse du juge international envers les Etats parties à la quatrième convention de Genève à se préoccuper de cette question particulière ; il s'agit d'une obligation incombant aux Etats dont la Cour de Versailles semble taire l'existence. Si l'on admet qu'il s'agit là d'une incapacité, par la Cour, à percevoir avec netteté un objet juridique rapproché, il nous semble approprié de qualifier cette approche d'hypermétropie juridique.

B. L'examen réalisé sur le fondement du droit conventionnel (un exemple de perception presbytique du droit international)

L'analyse de la Cour relative au droit conventionnel invoqué par l'OLP est caractéristique de ce que l'on pourrait décrire comme étant une diminution des capacités accommodatives de la vision juridique, caractéristique de la presbytie : une autorité juridictionnelle aborde de façon rigide une réalité en mouvance, à l'image d'un œil humain dont le cristallin se durcirait avec l'âge.

En effet, le raisonnement de la Cour consiste en une exégèse assez déroutante des termes visant les destinataires dans les dispositions invoquées par le requérant. La Cour s'attache à relever les occurrences du terme « puissance occupante », « Etats », « parties contractantes », pour conclure que les instruments invoqués ne visent que les Etats et ne sauraient être opposés aux entités non-étatiques. L'analyse ne s'arrête pas là : comme pour nous en convaincre, la Cour oppose ces conventions invoquées par l'OLP à d'autres instruments de droit international qui viseraient plus spécifiquement les individus. Ainsi en est-il s'agissant par exemple de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant.

²⁴ § 159 de l'Avis précité.

Ce raisonnement consiste ainsi à affirmer qu'en visant explicitement les Etats, ces instruments entendent corrélativement se priver d'un effet direct qui « profiterait » aux individus. Il nous paraît nier quelques décennies d'évolution juridique, tant pratique qu'intellectuelle, dans le champ du droit international humanitaire : dès 1948, le Tribunal de Nuremberg avait eu l'occasion d'affirmer que les lois et coutumes de la guerre ne lient pas moins les individus privés que les membres du gouvernement ou le personnel militaire²⁵. Du point de vue de l'interprétation retenue, il nous paraît fort contestable d'affirmer que la seule mention des Etats en tant que destinataires d'obligations priverait ainsi l'instrument de tout effet direct. Mais il faut, pour être plus précis, distinguer entre effet direct vertical et effet direct horizontal, ce que la Cour annonce faire, mais pour un résultat identique. Elle déduit en effet de l'absence de mention des individus une absence *générale* d'effet direct : « *Ainsi, il ne peut être considéré que ces normes internationales conventionnelles ouvrent aux particuliers ou à l'entité (le peuple palestinien) que l'OLP indique représenter, le droit de les invoquer directement devant une juridiction* ». Un tel raisonnement conduit ainsi à affirmer, par exemple, que parce que les individus ne seraient pas directement visés par le texte (ce qui est pour le moins approximatif, comme nous nous apprêtons à le voir), ils ne pourraient pas se prévaloir de telles dispositions. Il s'agit là d'un argument très contestable. Un exemple nous permet d'appuyer la critique : l'article 32 de la quatrième convention de Genève prévoit l'interdiction de la torture et de divers sévices corporels. Plus précisément, il dispose : « *Les Hautes Parties contractantes s'interdisent expressément toute mesure de nature à causer soit des souffrances physiques, soit l'extermination des personnes protégées en leur pouvoir. Cette interdiction vise non seulement le meurtre, la torture, les peines corporelles, les mutilations et les expériences médicales ou scientifiques non nécessitées par le traitement médical d'une personne protégée, mais également toutes autres brutalités, qu'elles soient le fait d'agents civils ou d'agents militaires* ». Cette disposition nous permet de renverser plusieurs des arguments avancés par la Cour :

- en ce qui concerne l'effet vertical : outre les « Hautes Parties contractantes », les « personnes » sont également directement visées par le texte de la quatrième convention de Genève. Dès lors, l'affirmation de la Cour d'appel de Versailles selon laquelle « *[d]ans la IVème Convention de Genève, l'individu n'est pas visé. Il n'est fait*

²⁵ « The laws and customs of war are binding no less private individuals than upon government officials and military personnel » Citation extraite du manuel DAVID Eric, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 5^e édition, p. 249.

état que de groupes 'les personnes protégées' ou 'la population' » est assez péremptoire, sinon dénuée de toute logique : il est difficile d'affirmer que l'article 32, pour garder notre exemple, ne s'appliquerait qu'à un groupe d'individus et jamais à un individu « tout seul » ; il est également difficile d'affirmer qu'un individu, ou groupements d'individus, ne pourrait pas s'en prévaloir à l'encontre d'un Etat partie à la Convention ;

- en ce qui concerne l'effet horizontal : la Cour de Versailles ne précise pas le « degré d'horizontalité » qu'elle vise. Son affirmation selon laquelle « *les textes conventionnels dont il est invoqué la violation ne forment des obligations qu'à l'encontre des Etats* » semblerait, à première vue, conduire le lecteur à conclure que la Cour pose une absence totale d'effet horizontal des dispositions invoquées. Est-il possible de nuancer ce propos ? La quatrième Convention de Genève impose aux Etats de rechercher et de sanctionner « les personnes » prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre ainsi que les « personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre » les infractions visées par la Convention – notons que ces dispositions n'offrent pas plus de précision quant à l'identité, la catégorie particulière à laquelle appartiendraient ces personnes (articles 146 et 147). Au terme de l'article 32 également, les agissements visés sont non seulement ceux qui sont commis par des agents militaires mais également par des agents « civils » (auxquels pourraient donc fort bien s'apparenter le personnel d'entreprises privées engagées pour réaliser certaines activités dans un contexte d'opérations militaires, la simple mention de l'affaire *Blackwater*²⁶ devrait achever de nous en convaincre). En d'autres termes, s'il semble impossible qu'une entité de droit privé agisse en responsabilité contre une autre entité de droit privé sur le fondement du droit international humanitaire (effet horizontal direct), la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'Etat pour carence dans la protection d'une entité privée contre les agissements d'une autre entité privée devrait, théoriquement, être assurée (effet horizontal indirect). Le contentieux se déplacerait ainsi sur le terrain du droit administratif. C'est pourtant ce qu'a refusé de faire le Conseil d'Etat dans l'arrêt précité de 2012 relatif à cette même espèce, estimant qu'« *aucune stipulation de [la quatrième convention de Genève] ni aucun principe de droit public international ne permettait d'engager la responsabilité de l'Etat à raison des supposés manquements d'entreprises françaises aux stipulations de la quatrième convention de Genève* ». On doit ainsi conclure que tant le juge judiciaire que le juge

²⁶ Voir par exemple SIDDHARTA Anupam et JOSHI Bharat, « Blackwater – The Private Military And Security Company ; Selling Security – Buying Death » *World Affairs*, Automne 2009, vol. 13 n° 3.

administratif interprètent cette convention comme un instrument ayant « pour objet exclusif de régir les relations entre Etats »²⁷, ces dernières étant entendues comme étant pudiquement couvertes d'un voile d'indifférence à l'égard du monde économique.

L'analyse de la Cour d'appel semble ainsi conduire le lecteur à opérer une césure assez radicale entre deux mondes : le monde « étatique » et le monde contractuel « privé ». La Cour affirme en effet que les contrats en cause « conserve[raient] » (on suppose donc qu'ils « l'ont » déjà, quasi-intrinsèquement) « leur autonomie juridique ». Ainsi dans ce monde dual coexistent d'un côté, les obligations incombant à l'Etat et de l'autre, la vie contractuelle entre entités privées qui ne saurait subir d'immixtions en provenance du droit international public. En poussant l'analyse avec cynisme, on pourrait comprendre que les Etats auraient tout intérêt à passer un grand nombre de contrats avec des entreprises privées pour se dégager de toute responsabilité tirée de leurs engagements internationaux. Il suffit de relire l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles pour s'en convaincre : « Dépourvues de la personnalité internationale », les sociétés en cause « ne peuvent se voir opposer les différentes normes dont se prévaut l'appelante ». Défaut de capacité juridique internationale et dispositions juridiques interprétées comme ne visant que les relations purement interétatique semblent se combiner pour immuniser les entreprises de toute mise en cause de responsabilité en cas de violation du droit humanitaire.

C. L'examen opéré sur le fondement du droit non-écrit (entre aveuglement nécessaire et myopie juridique)

L'OLP a fondé son argumentation sur le droit international coutumier. Elle considère en effet d'une part, qu'il existerait une norme coutumière relative à la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme et d'autre part, que les règles de droit international humanitaire qu'elle invoque relèvent du droit coutumier

²⁷ Il s'agit là d'une référence à un autre arrêt du Conseil d'Etat, rendu la même année, par lequel le Conseil précise les conditions juridiques permettant de conférer un effet direct à une disposition de droit international public: CE, Ass., 11 avril 2012, GISTI et FAPIL, n° 322326 : « [...] une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque, eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre Etats et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers. L'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les Etats parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ».

et seraient des « principes intransgressibles de *jus cogens* », de sorte qu'elles s'imposeraient au droit français. La Cour rejette ces deux prétentions.

En ce qui concerne la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme, la Cour prend une certaine distance avec des affaires dont ont pu connaître certaines juridictions américaines²⁸ : soit, nous dit la Cour, elles faisaient application d'un texte de droit interne, soit elles avaient un aspect pénal, or le cas d'espèce n'a rien à voir avec ces deux questions. Par ailleurs, elle considère qu'à supposer qu'il existe une pratique générale allant dans le sens d'une norme de ce type, « le consentement des Etats à reconnaître la valeur de la règle comme principe à appliquer est un élément prépondérant pour la formation d'une norme coutumière » et constate le défaut de ce quelle appelle « consentement ». En d'autres termes, la Cour considère que la *soft law* ne suffit pas à caractériser celui-ci. Il reste que les normes de *soft law* ne sont pas explicitement reprises dans le raisonnement de la Cour, à l'exception de la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, dont il est douloureux pour le juriste de constater le manque de considération – cette déclaration ne vise t-elle pas, en effet, les « organes de la société » ? N'a t-elle pas irrigué, depuis son adoption, le droit international des droits de l'homme ?

L'arrêt est, sur ce point, en congruence avec les premiers développements américains de l'affaire *Kiobel*. En vertu de l'*Alien Tort Statute* (« ATS »), les juridictions américaines admettent, depuis 1980, que des citoyens étrangers s'estimant victimes de violations de droits de l'homme demandent réparation devant elles. La disposition pertinente de l'ATS ouvrant cette possibilité précise qu'il doit s'agir d'une violation de la « *Law of Nations* ». Dans l'affaire *Kiobel*, les requérants considéraient que les agissements des entreprises en cause entraient dans le champ d'application cette dernière, mais la Cour d'appel refusa de reconnaître l'existence d'une norme de droit coutumier prévoyant la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises en cas de violation des droits de l'homme²⁹.

²⁸ Sur les développements jurisprudentiels antérieurs à l'affaire *Kiobel* et sur cette dernière voir CANTU RIVERA Humberto, « L'Affaire *Kiobel* ou les défis de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme », cette revue, 2012.

²⁹ Cour d'appel du deuxième circuit, 17 septembre 2010, *Esther Kiobel et autres c. Royal Dutch Petroleum Co., Shell Transport and Trading Company PLC et Shell Petroleum Development Company of Nigeria, LTD.*, n°06-4800-cv, 06-4876-cv : « Because customary international law consists of only those norms that are specific, universal, and obligatory in the relations of States *inter se*, and because no corporation has ever been subject of *any* form of liability (whether civil or criminal) under the customary international law of human rights, we hold that corporate liability is not a discernable – much less universally recognized – norm of customary international law that we may apply pursuant to the [Alien

Le raisonnement relatif au *jus cogens* paraît adopté sous le signe de la prudence. La Cour d'appel fait en effet une distinction entre la notion de *jus cogens* entendue dans le cadre du droit des traités, qui permet de solutionner les conflits de normes internationales, et son acception dans un champ plus large, permettant son opposabilité aux sujets du droit international. La Cour affirme que la première acception est rejetée par l'Etat français et que la deuxième est inopérante en l'espèce parce que les entreprises n'auraient pas le statut de sujet du droit international. Il est vrai que la France n'a pas signé la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 notamment en raison d'indéterminations sur cette notion de *jus cogens*. Il est vrai également qu'au sens « classique » du terme, les entreprises ne sont pas considérées comme des sujets du droit international. Toutefois, ces considérations ne nous interdisent pas de critiquer l'hermétisme dont fait preuve la Cour, tout se passant comme si l'affaire en cause était détachable de son contexte historique.

Il faut en effet noter que la Cour de Versailles ne replace pas l'affaire dans le sillage de l'avis de la CIJ sur les conséquences juridiques de l'édification du mur. Pourtant, comme nous l'avons vu, la Cour de La Haye s'était fondée sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Or une discussion concernant le statut du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes continue de nourrir la doctrine³⁰. Il est vrai que la CIJ n'a pas reconnu que ce droit avait valeur impérative, mais s'est bornée à affirmer qu'il était l'« un des principes essentiels du droit international contemporain »³¹. En tout état de cause, en admettre ce caractère n'équivaudrait pas nécessairement à s'accorder quant à ses effets juridiques – tout dépend en effet de la conception que l'on adopte du concept

Torts Statute] ». La Cour Suprême, elle, s'est penchée plus précisément sur la question de la portée extraterritoriale du Statut. Voy. Cour Suprême des Etats-Unis *Kiobel et autres c. Royal Dutch Petroleum Co et autres*, Certiorari, 17 avril 2013, n°10-1491.

³⁰ Ainsi, Jean-Marc Thouvenin affirme-t-il que la « résolution 1415 (XV) [de l'Assemblée générale des Nations unies, nous précisons] [...] souligne le « droit inaliénable » des peuples à la pleine liberté, et fait émerger le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes comme norme impérative du droit international » « La saisine de la Cour internationale de Justice en cas de violation des règles fondamentales de l'ordre juridique international » in TOMUSCHAT Christian et THOUVENIN Jean-Marc, *The fundamental rules of the international legal order*, 2006, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 311-312 ; il avait eu l'occasion d'affirmer également que la CIJ aurait pu, « si elle avait été saisie de la question », consacrer clairement « l'appartenance du principe du droit des peuples au *jus cogens* » dans l'affaire du *Timor oriental* ; voir son article THOUVENIN Jean-Marc, « L'arrêt de la CIJ du 30 juin 1995 rendu dans l'affaire du *Timor oriental* (Portugal c. Australie) », AFDI, 1995, pp. 328-353. cité également par Paul Tavernier dans TOMUSCHAT Christian et THOUVENIN Jean-Marc précité en son chapitre 1^{er} : « *L'identification des règles fondamentales, un problème résolu ?* » p. 8. Pour un aperçu général sur le statut du droit à l'auto-détermination, voir SAUL Matthew, « The Normative Status of Self-Determination in International Law : A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right ? » *Human Rights Law Review* 11:4 (2011), 609-644.

³¹ CIJ arrêt précité du 30 juin 1995, *Portugal c. Australie*, § 29, p. 102.

de *jus cogens*. Faudrait-il ainsi accorder à cette norme un effet sur d'autres normes que des traités ? C'est, pour prendre un autre exemple, mentionné par Antonio Cassese, ce que le Tribunal pénal pour l'Ex-Yougoslavie aurait entendu offrir à la norme prohibant la torture dans l'affaire *Furundzija*³². Face à cette double incertitude (statut juridique de la norme affirmant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ; opportunité de recourir à une conception large de ce qu'est un principe de *jus cogens*), on comprend que la Cour d'appel soit réticente à l'argument de l'OLP. En d'autres termes, si, face à cette « mouvance » visant à consacrer juridiquement l'avènement d'une responsabilité pour violation des droits de l'homme, aveuglement il y a, l'aveuglement paraît compréhensible.

Toutefois, le raisonnement relatif au statut des entreprises en droit international public nous paraît plus gênant. La Cour affirme en effet : « *Les sociétés intimées morales de droit privé qui ne sont pas signataires des conventions invoquées, ni destinataires des obligations qui les contiennent, ne sont pas, en conséquence, des sujets de droit international. Dépourvues de la personnalité internationale, elles ne peuvent se voir opposer les différentes normes dont se prévaut l'appelante* ». Cette affaire est l'occasion pour nous de soulever ce qui nous paraît être un paradoxe du droit, qui consiste à regarder l'entreprise comme une entité juridique nécessairement et irrémédiablement distincte de l'individu. Ce dernier pourrait être sujet du droit international, mais l'entreprise, qui pourtant n'est jamais créée *ex nihilo*, ne le pourrait pas. On est évidemment tenté de reprendre la formule, attribuée tour à tour à Gaston Jèze ou Léon Duguit : « Je n'ai jamais dîné avec une personne morale ». Autrement dit – que l'on nous pardonne l'euphémisme ! – en opérant par fictions, le droit se prive d'une certaine dose de réalisme qui permettrait de répondre de façon pragmatique à l'épineuse question de la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme. Le droit international public gagnerait, selon nous, à se doter d'une définition de l'entreprise qui tienne compte de sa nature nécessairement « humaine » : pas plus que de n'avoir dîné avec une personne morale, nous n'avons assisté à une naissance spontanée de celle-ci, sorte de phénomène « magique » dans lequel un individu n'aurait aucune responsabilité.

³² CASSESE Antonio (Ed.) « For an Enhanced Role of *Jus Cogens* » in *Realizing Utopia*, Oxford University Press, 2012, p. 167, quoique l'auteur soit d'accord sur le point selon lequel la Chambre n'a pas affirmé « frontalement » que ladite norme rendrait nulle toute loi acte administratif ou décision judiciaire.

Par ailleurs, le raisonnement tenu par la Cour en ce qui concerne les effets juridiques à attribuer au Pacte mondial nous paraît maladroit. La Cour affirme ainsi que « son application repose sur la seule volonté des entreprises. Il n'a aucun caractère obligatoire »... ce qui ou bien conduit à avancer que les entreprises ne pourraient jamais se lier par leur propre volonté, ou bien traduit une vision très pessimiste de ces pratiques d' « auto-discipline » de plus en plus développées par des entreprises (celles-ci ne consistant qu'en un faire valoir ou un brevet de respectabilité pour celles-là), françaises ou étrangères. Or la posture pessimiste semble aller à rebours des orientations préconisées par certaines autorités juridictionnelles françaises, tel le Conseil d'Etat qui, en ce qui concerne le droit public, cherche à encourager la prise en compte de ce « droit souple » par les autorités publiques³³. Le juge judiciaire semblerait ainsi avoir plus de difficultés à reconnaître la nécessité d'une telle évolution. Quoi qu'il en soit, cette analyse assez laconique de la portée des engagements « spontanés » des entreprises en la matière ne manque pas de « sidérer » certains auteurs³⁴. Si l'on admet que la myopie juridique se caractérise par la difficulté de voir nettement des objets éloignés – à supposer que la question de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme en soit un –, force est d'admettre que la juridiction versaillaise démontre, à l'égard de la question de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, des difficultés d'ajustement de la vision.

Références complémentaires

CASSESE Antonio (Ed.), *Realizing Utopia – The Future of International Law*, Oxford University Press, 2012.

CLAPHAM Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, 2006.

FRANCIONI Francesco et RONZITTI Natalino (Eds), *War by contract – Human Rights, Humanitarian Law, and Private Contractors*, Oxford University Press, 2011.

³³ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013 « Le droit souple », La documentation française.

³⁴ TREBULLE François-Guy, « Entreprise et développement durable (2^e partie). – Responsabilité sociale des entreprises », *Environnement*, n° 12, Décembre 2013, chron. 6, § 108.

TONKIN Hannah, *State Control over Private Military and Security Companies in Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2013.