

# Puissances privées et droits de l'homme. Quelques remarques introductives<sup>1</sup>

Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA

*Agrégé des facultés de droit*

*Professeur à l'Université Toulouse 1 – Capitole*

*Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé*

*Directeur de l'École Doctorale Droit et Science politique*

Dans leur logique originelle et profonde, les droits de l'homme ont vocation à limiter la puissance publique représentée par l'État. Du XVIII<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, le développement de l'idée des droits de l'homme a été guidé par la limitation croissante du pouvoir politique et de la puissance publique à un triple niveau national, supranational et international.

Bien que les atteintes aux droits de l'homme puissent émaner d'un individu, la puissance publique est porteuse d'une plus grande menace pour ceux-ci en raison des prérogatives qui lui sont reconnues par les textes fondateurs des ordres juridiques concernés. Il est donc assez normal que le droit soit entièrement tourné vers la prévention et la lutte contre une telle menace.

Progressivement, il est apparu que la puissance publique n'est pas l'unique entité susceptible de menacer les droits de l'homme. L'évolution économique, financière et technologique a fait émerger diverses entités dotées de prérogatives variées aussi importantes, voire plus importantes, que celles de la puissance publique. Elles sont en mesure tout à la fois de concurrencer, de déstabiliser, d'influencer la puissance publique.

Reste que l'appréhension de ces entités par le droit se heurte à quelques difficultés.

Premièrement, elles ne sont pas juridiquement aisées à identifier. À la différence d'autres sciences humaines et sociales qui utilisent différents critères liés à différentes sortes de capacité d'influence quantifiable (l'armée, la population, les

---

1. Cette contribution reprend en partie la présentation orale faite lors du colloque *Puissances privées et droits de l'homme* organisé à l'Université Toulouse Capitole, les 15-16 juin 2023 et le *Point de vue* intitulé « Puissances privées et droits de l'homme : réalité et perspectives en droit », *D.* 2023, p. 1655-656.

réseaux, la richesse, la technologie notamment) – le droit appréhende la puissance par le pouvoir. À cet égard, la puissance est assimilée à des prérogatives de commandement<sup>2</sup>. À ceci près que, à la différence de la puissance telle qu'elle est conçue en droit privé, il s'agit d'une puissance qualifiée et augmentée : elle produit des actes qui ont des effets à l'égard de la société tout entière, dans sa double dimension nationale et internationale. De même, à la différence de la puissance publique que l'on peut identifier à l'État<sup>3</sup>, unique personne juridique dotée de la souveraineté et de toutes les compétences et des prérogatives qui en découlent, et dans une certaine mesure, à la différence de l'Union européenne qui est qualifiée de « pouvoir public commun »<sup>4</sup>, il n'y a pas d'unicité juridique du concept de puissance privée<sup>5</sup>. Il y a des puissances privées ; chacune étant dotée de prérogatives correspondant à leurs spécialités dans un ou quelques secteurs identifiés de la société.

Au sein des maquis des entités dotées de capacités d'influence ainsi relatées, doivent attirer l'attention les puissances privées, soit multinationales soit nationales, qui sont en mesure de concurrencer ou d'influencer la puissance publique dans l'exercice de leurs prérogatives. À cet égard, des entreprises multinationales<sup>6</sup> et des organisations non gouvernementales indépendantes des États se singularisent.

Les actes et les actions de ces puissances privées peuvent porter atteinte aux droits de l'homme.

Les violations des droits des employés, des droits des habitants d'une zone donnée, des clients ou des utilisateurs de produits de ces puissances privées sont des illustrations de ce qu'elles peuvent faire aux droits de l'homme.

Deuxièmement, les rapports entre puissances privées et droits de l'homme sont chargés d'ambiguïté. Le phénomène de « fondamentalisation » du droit a conduit à la reconnaissance de « droits fondamentaux » aux personnes morales<sup>7</sup>.

---

2. P. Delvolvé (dir.), *Le pouvoir*, Paris, Presses universitaires de France, 2022.

3. Malgré la multiplication des titulaires de la puissance publique, l'État demeure l'incarnation de celle-ci. L'apparition des autorités administratives indépendantes, des agences, le transfert de compétences de l'État à des collectivités infra-étatiques n'effacent pas le fait qu'il s'agit d'entités qui émanent de l'État. V. J. Moreau, « Rapport de synthèse », in Association française de droit administratif, *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 287-293, *spéc.* p. 291 s., n° 14-17.

4. M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2018, p. 904, n° 1564, n° 1565.

5. Comparer avec X. Dupré de Boulois, « Puissance publique, puissance privée », in Association française de droit administratif, *La puissance publique*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 57-75.

6. V. Société française pour le droit Internationale, *L'entreprise multinationale et le droit international*, Paris, Pédone, 2017.

7. X. Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales », in X. Bioy (dir.), *La personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2013, p. 203-219.

Devenues bénéficiaires de droits fondamentaux par ce biais, les puissances privées disposent alors d'un statut leur permettant de faire valoir ces droits contre la puissance publique et surtout contre les individus qui ne disposent pas d'un pouvoir équivalent au leur. Du fait de l'usage qui en est fait, les droits fondamentaux des personnes morales se métamorphosent ainsi en pouvoir de nuisance des droits de l'homme des individus dépourvus d'une puissance équivalente à celle de ces entités privées. Dans ces conditions, comment faire des puissances privées des pleins débiteurs de droits fondamentaux à l'instar de la puissance publique ?

La réponse à une telle question est d'autant plus difficile que, troisièmement, les frontières entre la puissance publique et les puissances privées sont poreuses. L'interpénétration entre les deux types de puissance est devenue monnaie courante dans de nombreux domaines de l'économie, de la finance, des nouvelles technologies et du numérique. Face à ce phénomène, la limitation du pouvoir politique et de la puissance publique au nom des droits de l'homme est-elle transposable aux puissances privées ? Si oui quelle conception des droits de l'homme serait adaptée pour étendre cette limitation aux puissances privées ?

Des tentatives d'encadrement des puissances privées par les droits de l'homme existent<sup>8</sup>. Ainsi, sur l'initiative de quelques États – Afrique du Sud et l'Équateur, la Bolivie, Cuba, le Venezuela – les Nations Unies se sont lancées dans cette direction en concentrant leurs efforts sur les entreprises<sup>9</sup>. Dans le cadre d'organisations régionales ou supranationales – Organisation des États américains, Union européenne notamment – des rapports ou des textes normatifs allant dans le même sens ont été adoptés. Les initiatives se focalisent sur les entreprises transnationales ou multinationales.

Les entités publiques productrices de normes juridiques se préoccupent des risques d'atteinte aux droits de l'homme par les puissances privées.

Cette préoccupation soulève, quatrièmement, une question d'ordre épistémologique. À la différence de diverses disciplines des sciences humaines et sociales, le droit n'a pas consacré une attention particulière aux puissances privées<sup>10</sup>.

---

8. Voir notamment M. Mahmoud Mohamed Salah, *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international*, LGDJ, 2012 ; M. Mahmoud Mohamed Salah, « Le pouvoir économique et le droit, variation sur un thème très niçois », *RIDE* 2013, p. 475-490.

9. Voir particulièrement, les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, voir l'approbation du Conseil des Droits de l'homme dans sa résolution 17/4 du 16 juin 2011 ; aussi, Conseil des droits de l'homme, résolution 26/9 (A/HRC/RES/26/9) du 26 juin 2014 relatif à l'élaboration un traité sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme.

10. En langue française, à vrai dire, très rares sont les études qui utilisent l'expression « puissances privées ». Voir J. Quaghebeur, « Puissance publique, puissances privées sur les côtes du Comté de Vanne (IX<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècles) », in *Pouvoirs et littoraux du XV<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècles*, Presses universitaires de Rennes, 2000, p. 11-28 ; A. Ioannidou, « Puissance publique, puissance privée : les agences de notation financière dans l'ordre juridique européen »,

L'absence actuelle de définition juridique des puissances privées disqualifie-t-elle le droit et les juristes de se saisir du sujet?

Dans un environnement universitaire dominé par le slogan de l'interdisciplinarité, le droit et le juriste sont-ils aptes et sont-ils légitimes à examiner sous un angle juridique et avec les outils du droit la question des puissances privées?

En raison de la fonction de régulation de la société dévolue au droit, les juristes sont non seulement aptes et légitimes à appréhender le concept de puissances privées avec les outils propres au droit, ils ont aussi le devoir de le faire. Il est du rôle des juristes de se préoccuper des puissances privées, de les qualifier juridiquement dans leurs rapports avec les droits de l'homme et d'en construire le régime juridique. Bien que d'autres sciences humaines et sociales, voire des sciences dites exactes, puissent aborder ces questions et ces sujets, les juristes sont les plus à même de qualifier ces phénomènes et de construire leur régime juridique. Ils n'ont pas à prendre la pente glissante de la dévalorisation de l'art du droit.

Les universitaires juristes réunis dans le présent ouvrage se sont attelés à la tâche ingrate de tenter l'essai.

L'aventure est devenue possible en raison de la saisine des puissances privées par les droits de l'homme (I) et des transformations des droits de l'homme au contact des puissances privées (II).

## **I. Les puissances privées saisies par les droits de l'homme**

Dans une société imprégnée de droits de l'homme, en raison de leur capacité mener des actions et à produire des actes susceptibles de porter atteinte aux droits de l'homme, les puissances privées vont faire l'objet de limitation par les droits de l'homme (A). De façon paradoxale, la « positivisation » des droits de l'homme par les droits fondamentaux fait des puissances privées des bénéficiaires de ces droits; elles n'hésitent pas alors à utiliser les droits de l'homme à leur profit (B).

### **A. La limitation des puissances privées par les droits de l'homme**

Comme on le sait, la philosophie des droits de l'homme fondée sur la liberté permet à chaque individu titulaire de droits d'exercer son pouvoir d'autodétermination en veillant à ne pas nuire autrui. Autrement dit, les droits de l'homme

---

*BDP* 2019, p. 749; P.F. Docquir, « La confrontation entre droits fondamentaux et puissances privées vue à travers le prisme de la liberté d'expression », in *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, Q. Van Enis et C. de Terwangne (dir.), préface d'Y.Poullet, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 75-92.

contiennent en eux-mêmes les rapports interindividuels. Ces rapports sont régis par l'effet horizontal des droits fondamentaux<sup>11</sup>.

Reste que la protection des droits de l'homme étant bâtie sur la limitation de la puissance publique par les droits et les libertés, l'effet horizontal des droits fondamentaux cantonne la limitation des puissances privées à une protection indirecte, passant par l'État, des droits de l'homme (1). La recherche d'une limitation directe des puissances privées rencontre un certain nombre de difficultés (2).

### **1. Le principe de la limitation indirecte**

Les puissances privées telles qu'elles sont esquissées au début de cette contribution peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions nationales au nom des droits de l'homme.

À cet égard, les individus qui prétendent être victimes de violation de leurs droits et libertés sont susceptibles de bénéficier de la règle de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Cependant, l'effet horizontal n'est pas la panacée dans les systèmes nationaux qui le reconnaissent. Il ne corrige pas le déséquilibre entre les puissances privées et les individus dans les procès.

Dans les systèmes nationaux qui ne reconnaissent pas l'effet horizontal des droits fondamentaux, la limitation des puissances privées au nom des droits de l'homme s'avère de faible intensité.

Devant les juridictions supranationales, l'exploitation de l'effet horizontal permet une limitation plus forte des puissances privées par les droits de l'homme.

Reste que cet instrument passe indirectement par la condamnation de l'État. Ce relai affaiblit les conséquences de la condamnation de l'État sur les puissances privées concernées.

D'où certaines suggestions d'explorer des pistes de limitation directe de la puissance privées par les droits de l'homme. Mais celles-ci rencontrent quelques difficultés.

### **2. Les difficultés de la limitation directe**

À partir des principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des pistes d'encadrement de certaines puissances privées peuvent être explorées<sup>12</sup>. Au-delà même de l'adoption d'un traité sur les sociétés

---

11. Par ex., T. Hochman et J. Reinhardt (dir.), *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, Paris, Pédone, 2018 ; D. Spealman, « Drittwirkung », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 301.

12. Par exemple, à propos de la France, Commission nationale consultative des droits de l'homme, *Entreprises et droits de l'homme. Protéger, respecter, réparer*, Paris, La Documentation

transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme<sup>13</sup>, une partie de la doctrine suggère d'intégrer dans le droit national des États des législations tendant à faciliter l'engagement de la responsabilité des puissances privées qui méconnaissent les droits de l'homme et d'engager directement la responsabilité des puissances privées transnationales devant les organes supranationaux de protection des droits de l'homme.

Ces suggestions se heurtent actuellement à la capacité des puissances privées à ralentir ou à freiner les différents processus qui tendent à élaborer tant un traité international que telle ou telle législation nationale.

Cela d'autant que les puissances privées peuvent utiliser à leur avantage les droits de l'homme pour ce faire.

## **B. L'utilisation des droits de l'homme par les puissances privées**

La reconnaissance de droits fondamentaux au profit des personnes morales est instrumentalisée par les puissances privées, tant devant les juridictions nationales que devant les juridictions supranationales spécialisées en matière de droits de l'homme.

Les appels des organisations internationales et des États adressés aux puissances privées pour promouvoir les droits de l'homme et les différentes incitations tendant à leur demander de participer à la protection des droits de l'homme ont des effets à double tranchant et ambigus.

### **1. La promotion à double tranchant des droits de l'homme**

La promotion des droits de l'homme par les puissances privées apparaît généralement sous la forme de participation à des œuvres caritatives ou/et au financement d'associations et de fondation de protection des droits de l'homme.

Parfois, la sincérité de telles actions peut être sujette à caution. Les actions concernées peuvent servir à couvrir des activités moins favorables aux droits de l'homme. L'on peut afficher des actions en faveur de l'égalité entre les hommes et les femmes ici et faire travailler des femmes et des enfants à des salaires modiques là-bas.

---

française, 2023 : [https://medias.vie-publique.fr/data\\_storage\\_s3/collection\\_number/portrait/photo/9782111578333\\_CNCDH\\_Entreprises-droits-Homme\\_PDFweb\\_Access.pdf](https://medias.vie-publique.fr/data_storage_s3/collection_number/portrait/photo/9782111578333_CNCDH_Entreprises-droits-Homme_PDFweb_Access.pdf); Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, *La responsabilité des entreprises multinationales et les droits de l'homme*, Nemesis, Anthémis, Bruylant, 2010.

13. Haut-Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, Résolution A/HRC/RES/26/9 du 14 juillet 2014. Voir la dernière version en langue anglaise du projet de traité international sur les entreprises et les droits de l'homme du 31 juillet 2023 : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf>.

Ce type d'action n'est pas compensé par la protection même des droits de l'homme à laquelle les puissances privées peuvent être amenées à participer.

## **2. La protection ambiguë des droits de l'homme**

Les dispositifs de responsabilité sociale et environnementale des entreprises, de devoir de vigilance des entreprises visent à faire participer les puissances privées à la protection même des droits de l'homme<sup>14</sup>.

Plus profondément encore, les multinationales des réseaux et des médias sociaux peuvent être dotées de compétences et de prérogatives pour lutter contre certaines formes d'atteintes aux droits de l'homme, particulièrement contre la haine et contre les discriminations. Elles peuvent aussi se doter de telles compétences et de telles prérogatives. Ainsi, le Conseil de surveillance de Meta a pu œuvrer en faveur du droit à l'information, de la liberté d'expression, du principe de non-discrimination. Mais, il semble que les critiques émises à l'encontre de Meta n'ont eu que des effets très limités, particulièrement à propos du manque de transparence<sup>15</sup>.

Cette fonction pose aussi la question de la « privatisation » de la justice.

Ce qui illustre aussi les transformations des droits de l'homme au contact des puissances privées.

## **II. Les transformations des droits de l'homme au contact des puissances privées**

L'immixtion des puissances privées dans la sphère des droits de l'homme contribue aux transformations des contours de ces droits (A) et des instruments de leur protection (B).

### **A. Les transformations des contours des droits de l'homme**

Les moyens d'action des puissances privées les conduisent à porter des atteintes massives et significatives à des droits devenus sensibles et voire vitaux et dont le rattachement aux droits de l'homme sont sources de débats (1). Ils ont pu aussi conduire à un dépassement du caractère purement individuel des droits de l'homme (2).

---

14. Par ex. K. Martin-Chenut et R. de Quenodon (dir.), *La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale*, Paris, Pédone, 2016.

15. B. Charvin, « Analyse de la deuxième année d'activité du conseil de surveillance de Meta : l'évolution en demi-teinte d'une cour suprême qui peine à en mériter le nom », *RDLF* 2023, chr. n° 32 ; V. Ndior, « Le Conseil de surveillance de Facebook et la protection des libertés », *RDLF* 2022, chr. n° 23 : <https://revuedlf.com/droit-fondamentaux/dossier/le-conseil-de-surveillance-de-facebook-et-la-protection-des-libertes/>.

## **1. L'extension des domaines des droits de l'homme**

Depuis la seconde moitié du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, la prise de conscience des menaces portées contre l'environnement a braqué le projecteur sur les puissances privées qui exercent des activités polluantes et destructrices de l'environnement.

S'il y a des débats concernant la meilleure manière de protéger l'environnement – reconnaître du droit à la nature notamment – les instances internationales privilégient le rattachement de la protection de l'environnement aux droits environnementaux de l'homme comme en témoigne l'existence d'un rapporteur spécial sur les droits de l'homme et l'environnement<sup>16</sup>.

De la même manière, la lutte contre les menaces de la technologie de l'informatique, du numérique et de l'intelligence artificielle est passée par l'extension des droits de l'homme à des droits spécifiques aux numériques (le droit à l'oubli ou à l'effacement, le droit à la protection des données personnelles notamment).

Ces droits qui demeurent individuels sont complétés par des droits collectifs.

## **2. La collectivisation des droits de l'homme**

Les activités notamment des industries extractives sur les terres habitées par les peuples autochtones ont aussi provoquées des réactions pour mieux protéger à la fois l'environnement et les droits des peuples autochtones.

En dépit de l'absence d'un traité international de protection des droits des peuples autochtones, la tendance en faveur d'une reconnaissance de droits collectifs des peuples concernés émerge tant dans certains systèmes nationaux que dans la production des instances universelles et régionales de protection des droits de l'homme<sup>17</sup>.

À ce propos, la prise en compte des activités des puissances privées entraîne aussi des transformations des instruments de protection des droits de l'homme.

## **B. Les transformations des instruments de protection des droits de l'homme**

En réservant la question de l'émergence d'un droit spécifique à l'encadrement des puissances privées, la volonté d'imposer à celles-ci le respect des droits de l'homme complexifie les sources (1) et les systèmes (2) de protection des droits de l'homme.

---

16. <https://www.ohchr.org/fr/special-procedures/sr-environment>.

17. Y. Lécuyer et F. Lemaire, *Cours de droits humains et libertés*, Paris, Gualino Lextenso, 2022, p. 507 et s., n°788 et s.

## 1. La complexification des sources des droits de l'homme

Cette complexification ne résulte pas exclusivement de l'insertion des puissances privées parmi les créanciers et les débiteurs des droits de l'homme. L'internationalisation, la régionalisation, la constitutionnalisation des droits de l'homme y ont contribué.

Toutefois, s'y ajoute le développement de la *soft law*<sup>18</sup>. Pour des raisons bien connues, l'encadrement des puissances privées s'illustre par la prédilection pour le droit mou. Au-delà des questions relatives à l'absence du caractère contraignant de celui-ci, la multiplication des instruments de droit mou ouvre des perspectives nouvelles concernant l'articulation de ces instruments avec les normes du droit dur. Les instances de protection, juridictionnelles et non-juridictionnelles, exploitent des instruments de droit mou pour interpréter les normes de droit dur afin de renforcer certains droits – il en est ainsi particulièrement du droit à un environnement sain ou de l'interdiction de la traite des êtres humains.

Ce phénomène de migration des normes de droit mou vers le droit dur créé aussi une complexification des systèmes de protection.

## 2. La complexification des systèmes de protection des droits de l'homme

Cette complexification s'illustre par l'apparition de nouvelles formes de recherche de la meilleure justice face aux puissances privées.

Les nouveaux concepts de justice – justice climatique, justice environnementale, justice sociétale – révèlent une évolution des systèmes de protection des droits de l'homme. Aux classiques systèmes nationaux, systèmes internationaux, systèmes supranationaux s'ajoutent des systèmes transnationaux privés spécialement dédiés à la protection des droits de l'homme. Cette évolution interroge quant à la meilleure manière d'encadrer le pouvoir et la puissance. Dans la logique du constitutionnalisme libéral, la limitation du pouvoir politique, de la puissance publique par les droits se fait par le juge.

La capacité d'influence des puissances privées sur les pouvoirs publics normatifs, les pouvoir législatif et exécutif particulièrement, fait glisser cette limitation vers le pouvoir juridictionnel. Il n'est pas étonnant alors d'une part que certaines disciplines juridiques en émergence, on pense ici à la *compliance*<sup>19</sup>, accordent de plus en plus d'importance au rôle du juge<sup>20</sup>. Il n'est pas moins étonnant aussi que les puissances privées militent en faveur soit de la réduction du pouvoir du juge soit de sa privatisation.

Puissances privées et droits de l'homme n'ont pas fini de bousculer nos certitudes et les fondements de la limitation du pouvoir et de la puissance par le droit.

18. M. A. Ailincăi (dir.), *Soft law et droits fondamentaux*, Paris, Pédone, 2017.

19. M.A. Frison-Roche (dir.), *Les buts monumentaux de la compliance*, Paris, Dalloz, 2022.

20. M.A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la compliance*, Paris Dalloz, 2023.