



Assemblée générale

Distr. générale
9 avril 2010
Français
Original: anglais

Conseil des droits de l'homme

Quatorzième session

Point 3 de l'ordre du jour

**Promotion et protection de tous les droits de l'homme,
civils, politiques, économiques, sociaux et culturels,
y compris le droit au développement**

Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie*

**Entreprises et droits de l'homme: nouvelles mesures pour la mise en
œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer»**

Résumé

Le présent rapport intérimaire fait suite au rapport A/HRC/8/5. Le premier chapitre porte sur les méthodes employées par le Représentant spécial pour mettre en œuvre et promouvoir le cadre de référence «protéger, respecter et réparer». Les trois chapitres suivants résument sa réflexion actuelle sur ces trois piliers et les synergies existant entre eux, et soulignent les principes directeurs qui constitueront le document final du mandat.

* Soumission tardive.

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction.....	1–3	3
II. Pragmatisme et principes	4–15	3
III. Obligation de protéger incombant à l'État	16–53	5
A. Préserver la capacité à protéger les droits de l'homme.....	20–25	6
B. Faire des affaires avec les entreprises.....	26–32	7
C. Favoriser des cultures d'entreprise respectueuses des droits de l'homme	33–43	9
D. Zones affectées par un conflit.....	44–45	11
E. Compétence extraterritoriale.....	46–50	12
F. En résumé	51–53	13
IV. Responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme	54–87	14
A. Fondements.....	57–65	14
B. Respect des lois.....	66–78	16
C. Diligence raisonnable	79–86	18
D. En résumé	87	20
V. Accès à des voies de recours	88–119	20
A. Au sein de l'entreprise.....	91–95	20
B. Mécanismes non judiciaires relevant de l'État	96–102	21
C. Mécanismes judiciaires.....	103–113	22
D. Complémentarités.....	114–116	24
E. En résumé	117–119	25
VI. Conclusion	120–126	25

I. Introduction

1. Dans sa résolution 8/7 adoptée le 18 juin 2008, le Conseil des droits de l'homme s'est félicité à l'unanimité du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» (aujourd'hui communément appelé «le cadre des Nations Unies») présenté par le Représentant spécial, qui vise à mieux faire respecter les droits de l'homme par les entreprises. Le cadre de référence repose sur trois piliers: l'obligation qui incombe à l'État de protéger les droits de l'homme lorsque des tiers y portent atteinte, y compris des entreprises, par la mise en œuvre des politiques, des réglementations ou des décisions judiciaires nécessaires; la responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme, c'est-à-dire de prévenir avec diligence toute atteinte aux droits des tiers; et la nécessité d'améliorer l'accès des victimes à des voies de recours efficaces, judiciaires ou non.

2. Depuis le début, le Représentant spécial estime que le décalage croissant entre le poids et l'impact des forces et des acteurs économiques, et la capacité des sociétés à en gérer les conséquences néfastes, n'est pas soutenable. Il a fait observer que ces lacunes en matière de gouvernance «laissent s'installer un contexte permissif où des abus sont commis par toutes sortes d'entreprises, sans qu'elles soient dûment sanctionnées et sans possibilité de réparation appropriée»¹. Le cadre de référence vise à combler ce décalage. Ses trois piliers sont distincts mais complémentaires. L'obligation de protection incombant à l'État et la responsabilité de respecter incombant aux entreprises existent indépendamment l'une de l'autre, et les mesures de prévention diffèrent des mesures de réparation. Cela dit, toutes font partie d'un système dynamique et interactif concourant à la réalisation des droits de l'homme et se renforcent mutuellement.

3. Le Conseil a prorogé le mandat du Représentant spécial jusqu'en 2011, en lui confiant deux tâches: rendre le cadre de référence «opérationnel», c'est-à-dire fournir des orientations concrètes et faire des recommandations aux États, aux entreprises et aux autres acteurs sur la signification pratique et les implications des trois piliers et de leur interdépendance, et «promouvoir» le cadre de référence en coordination avec les organisations internationales et régionales concernées, et autres parties prenantes.

II. Pragmatisme et principes

4. Dans son premier rapport à la Commission des droits de l'homme de l'époque, le Représentant spécial a indiqué qu'il fonderait l'exécution de son mandat sur une volonté pragmatique: «un ferme attachement au principe du renforcement de la promotion et de la protection des droits de l'homme dans la perspective des entreprises, et une volonté pragmatique d'utiliser les moyens les plus efficaces pour promouvoir le changement là où il est le plus important - c'est-à-dire dans la vie quotidienne des hommes et des femmes»².

5. En 2008, après avoir systématiquement recensé les cas de violations des droits de l'homme par des entreprises et les normes et initiatives existantes, et après avoir procédé à de vastes consultations dans les régions et les différents secteurs de la société, il a déclaré au Conseil des droits de l'homme qu'«il n'y a pas de solution miracle aux décalages institutionnels dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme. Ce sont tous les acteurs sociaux – État, entreprises et société civile – qui, à bien des égards, doivent

¹ A/HRC/8/5, par. 3.

² E/CN.4/2006/97, par. 81.

apprendre à faire les choses autrement»³. Mais, a-t-il ajouté, l'ensemble doit être cohérent et générer une dynamique interactive de progrès cumulatifs, et c'est ce pourquoi le cadre de référence a été conçu.

6. Cette même approche caractérise la phase actuelle de mise en œuvre et de promotion du cadre: optimiser les résultats tangibles pour les individus et les communautés affectés en identifiant et en favorisant les normes et les processus au sein des organismes concernés, et entre eux - privés et publics, nationaux et internationaux - qui les rendront plus efficaces dans le domaine des droits de l'homme et des entreprises.

7. Comme depuis le tout début du mandat, la phase de mise en œuvre allie recherches, consultations et expérimentation concrète⁴. Par exemple, afin de tirer parti de perspectives régionales variées, le Représentant spécial a tenu depuis 2008 des consultations multipartites à New Dehli, Buenos Aires et Moscou, qui incluaient des participants de pays voisins⁵. Pendant qu'elle assurait la présidence du Conseil de l'Union européenne, la Suède a organisé une consultation avec l'ensemble de l'Union européenne. Le Haut-Commissariat des droits de l'homme (HCDH), quant à lui, a organisé à Genève une consultation mondiale réunissant plus de 300 participants.

8. En vue d'amener les parties prenantes à contribuer et à participer davantage à l'action dans le domaine de la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme, le Représentant spécial a lancé, en décembre 2009, un site Internet de consultation en ligne⁶ qui, dans les trois premiers mois, a attiré des visiteurs de 101 pays.

9. Afin de mieux comprendre le rôle que le droit des sociétés et la réglementation des marchés boursiers jouent et pourraient jouer dans le respect des droits de l'homme par les entreprises, le Représentant spécial a travaillé avec 19 grands cabinets d'avocats du monde entier pour passer en revue plus de 40 juridictions, à la suite de quoi un atelier international d'experts s'est employé à extraire des tendances et des enseignements des informations recueillies.

10. Afin de fournir au Représentant spécial des informations sur les obstacles entravant l'accès aux recours judiciaires, Amnesty International et deux instituts de recherches norvégiens, le Centre norvégien pour la consolidation de la paix et le Fafo, ont réuni des juristes de différentes régions et de traditions juridiques différentes.

11. Cinq entreprises testent actuellement les principes du cadre de référence pour les mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise: Carbones del Cerrejon, en Colombie, avec les communautés autochtones voisines; le Groupe Esquel, un fabricant de vêtements basé à Hong Kong, en Chine, dans ses installations au Viet Nam; la Sakhalin Energy Investment Corporation en Fédération de Russie; le détaillant Tesco dans sa chaîne d'approvisionnement en fruits d'Afrique du Sud; et Hewlett-Packard avec deux de ses fournisseurs en Chine.

12. Compte tenu du fait que certaines des pires violations des droits de l'homme liées à l'activité des entreprises se produisent dans des zones de conflit, le Représentant spécial a organisé un petit groupe informel, mais représentatif, d'États pour réfléchir ensemble à des idées innovantes sur la façon dont les États d'accueil, d'origine et voisins pourraient contribuer à prévenir ou atténuer de telles violations. Parmi les pays participants figurent la

³ A/HRC/8/5, par. 7.

⁴ Tous les rapports de recherches et de consultations sont accessibles en ligne: <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home>.

⁵ Des consultations régionales antérieures ont été tenues à Bangkok, Bogota et Johannesburg.

⁶ Voir <http://www.srgconsultation.org>.

Belgique, le Brésil, le Canada, la Chine, la Colombie, le Ghana, le Guatemala, le Nigéria, la Norvège, la Sierra Leone, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis d'Amérique.

13. Les efforts du Représentant spécial pour promouvoir le cadre de référence sont aussi vastes dans leur portée qu'orientés vers les résultats. Il collabore à la mise à jour des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), à l'actualisation des critères de performance de la Société financière internationale, à l'identification de meilleures pratiques par le Groupe de travail sur les droits de l'homme du Pacte mondial et aux travaux de la Commission européenne, qui cherche des moyens pour garantir un comportement responsable des entreprises européennes à l'étranger. Le Représentant spécial a fourni des informations pour la section droits de l'homme de la norme de l'Organisation internationale de normalisation portant sur la responsabilité sociétale (ISO 26000); il a incité avec succès la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international à envisager une plus grande transparence dans l'arbitrage des différends entre les investisseurs et les États lorsque des questions d'intérêt public, dont les droits de l'homme, sont impliquées; et il a, lui-même ou par l'intermédiaire d'un représentant, présenté le cadre de référence, entre autres instances, au Groupe de travail des institutions nationales des droits de l'homme sur les entreprises et les droits de l'homme, aux organes conventionnels, à l'Instance permanente sur les questions autochtones et à la Commission interaméricaine des droits de l'homme.

14. Plusieurs pays ont adopté le cadre de référence pour évaluer leur politique, dont la France, la Norvège, l'Afrique du Sud et le Royaume-Uni. Plusieurs entreprises internationales ont entrepris de réviser leurs pratiques en matière de gestion du risque d'atteintes aux droits de l'homme pour l'aligner sur le cadre. Des organisations de la société civile se servent du cadre dans leurs analyses et leurs actions de sensibilisation. D'autres procédures spéciales s'en inspirent, dont le Rapporteur spécial qui enquête sur des déversements de déchets toxiques par une entreprise multinationale en Côte d'Ivoire. Le Ministère allemand de la coopération et du développement économiques a organisé un atelier à Berlin avec des parties prenantes du monde entier pour échanger leurs expériences sur l'utilisation du cadre de référence.

15. Selon le *Financial Times*, le Représentant spécial «s'est rallié un soutien sans précédent et de tous bords, à la fois des entreprises et des groupes de pression, pour sa proposition de normes internationales plus strictes pour les entreprises et les gouvernements»⁷. Le Représentant spécial exprime sa vive reconnaissance à toutes les personnes qui ont apporté leur appui et participé au processus global et sans exclusive de mise en œuvre du mandat, et se félicite des progrès accomplis à ce jour. Une démarche pragmatique et soucieuse des principes a permis de transformer un débat auparavant conflictuel en dialogues constructifs et d'ouvrir des voies d'action concrètes.

III. Obligation de protéger incombant à l'État

16. La résolution 8/7 prie le Représentant spécial de donner son avis et de formuler des recommandations «sur les moyens de renforcer le respect de l'obligation incombant à l'État de protéger les droits de l'homme» contre leurs violations commises par des entreprises. Cette obligation implique que les États jouent un rôle essentiel dans la prévention et la répression des atteintes aux droits de l'homme imputables aux entreprises. Le Représentant

⁷ Hugh Williamson, «Time to redraw the battle lines», *Financial Times*, 30 décembre 2009.

spécial a décrit les fondements juridiques, les raisons politiques et l'étendue de cette obligation dans ses rapports de 2008 et 2009⁸.

17. Le présent chapitre présente un ensemble de mesures que pourraient prendre les États pour promouvoir le respect des droits de l'homme par les entreprises et prévenir les violations de ces droits par les entreprises. Les principaux recours dans ce domaine sont traités au chapitre V.

18. Si les États entretiennent des échanges nombreux et variés avec les entreprises, beaucoup n'ont pas les politiques et les dispositions réglementaires adéquates pour gérer efficacement le problème complexe des droits de l'homme et de l'entreprise. Certains sont engagés dans la bonne direction mais, dans l'ensemble, leurs pratiques sont entachées d'incohérences et de lacunes importantes en termes juridiques et politiques, qui peuvent avoir de graves conséquences pour les victimes, les entreprises et les États eux-mêmes. La lacune la plus courante est la non-application des lois existantes, voire l'absence totale de protection légale en ce qui concerne les groupes «à risque» et vulnérables, par exemple. S'agissant des incohérences juridiques et politiques, la cause la plus répandue est que les administrations et les organismes qui influent directement sur les pratiques commerciales – notamment en matière de droit des sociétés, de réglementation des marchés boursiers, d'investissement, de crédit et d'assurance à l'exportation, et de commerce – travaillent souvent à l'écart des institutions nationales des droits de l'homme (INDH) et sans même connaître les obligations de leur gouvernement au regard des droits de l'homme.

19. Le Représentant spécial a identifié cinq domaines prioritaires dans lesquels les États devraient améliorer la cohérence et l'efficacité de leur politique pour respecter leur obligation de protection: a) préserver leur propre capacité à remplir leurs obligations en matière de droits de l'homme, b) tenir compte des droits de l'homme dans leurs échanges commerciaux avec les entreprises, c) favoriser des cultures d'entreprise respectueuses des droits de l'homme, chez eux et à l'étranger, d) élaborer des politiques innovantes pour aider les entreprises opérant dans des zones de conflit et e) examiner la question intersectorielle de la compétence extraterritoriale.

A. Préserver la capacité à protéger les droits de l'homme

20. Selon un dicton, la première chose à faire quand on est au fond d'un trou est d'arrêter de creuser. Or, sans le savoir, certains pays sont bloqués dans un trou métaphorique qui limite leur capacité à adopter des réformes politiques légitimes, y compris en matière de droits de l'homme. Les exemples révélateurs, en ce qu'ils peuvent avoir des effets lourds de conséquence, que le Représentant spécial a étudiés en profondeur sont les traités bilatéraux d'investissement (TBI) et les accords avec les États d'accueil, des contrats conclus entre les gouvernements et les investisseurs étrangers pour des projets spécifiques.

21. Un TBI en vigueur actuellement illustre bien ce problème. Des investisseurs européens ont soumis l'Afrique du Sud à un arbitrage international contraignant au motif que certaines dispositions de la loi d'émancipation économique des Noirs équivalaient à une expropriation, pour laquelle ces investisseurs réclamaient une indemnisation⁹. Un examen de politique générale a été mené afin de déterminer pourquoi le Gouvernement sud-africain avait approuvé ces dispositions à l'origine. Cet examen explique que, entre autres raisons, «le pouvoir exécutif n'avait pas été pleinement informé de toutes les conséquences

⁸ A/HRC/11/13, par. 13 à 16 et A/HRC/8/5, par. 18 et 19.

⁹ Voir *Piero Foresti, Laura de Carli et al c. République d'Afrique du Sud*, (Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, affaire n° ARB (AF)/07/1).

possibles des traités bilatéraux d'investissement»¹⁰. Cela se produit souvent aussi pour les accords avec les États d'accueil, qui peuvent rester en vigueur pendant un demi-siècle.

22. Il est urgent de protéger les investisseurs étrangers contre tout traitement injuste et arbitraire de la part des gouvernements d'accueil. Suite au millier de nationalisations intervenues dans les années 1970, les TBI ont proliféré et l'on en compte aujourd'hui plus de 3 000. Or, lors des négociations de ces traités, les importateurs de capitaux qui n'étaient pas suffisamment puissants sur le marché ont subi des pressions croissantes pour se livrer concurrence entre eux et accepter des dispositions d'une portée toujours plus générale limitant leur liberté politique de poursuivre des objectifs légitimes d'intérêt public.

23. Plusieurs États réexaminent actuellement leurs politiques en matière de TBI. Le Représentant spécial les encourage à veiller à ce que leur nouveau traité type concilie une solide protection des investisseurs et une certaine marge de manœuvre pour des mesures d'intérêt public de bonne foi, notamment en matière de droits de l'homme, appliquées sans discrimination.

24. Le même principe s'applique aux accords avec les États d'accueil, qui incluent des dispositions («clauses de stabilisation») susceptibles soit d'exonérer les investisseurs de respecter les lois environnementales et sociales ultérieures, soit de leur accorder une contrepartie s'ils se plient à ces lois. Deux thèmes ont émergé de plusieurs consultations avec des négociateurs d'accords représentant des États, des entreprises et des organisations non gouvernementales (ONG). Tout d'abord, les clauses de stabilisation, lorsqu'elles sont utilisées, devraient viser le double objectif de protéger l'investisseur et de laisser aux États la marge de manœuvre politique requise pour s'acquitter de leurs obligations de bonne foi en matière de droits de l'homme. En second lieu, il faut absolument que toutes les parties, dont les négociateurs de l'État et de l'entreprise, et leurs conseillers juridiques et financiers, tiennent compte dès la phase de conclusion de l'accord des implications à long terme des projets d'investissement en termes de droits de l'homme, de façon à limiter les problèmes par la suite. Le Représentant spécial étudie la possibilité de mettre au point des orientations sur les pratiques contractuelles responsables.

25. En conclusion, pour que les États puissent remplir leurs obligations de protection contre les atteintes aux droits de l'homme imputables aux entreprises, ils doivent se garder d'inhiber inconsidérément et par mégarde leur liberté politique en matière de droits de l'homme lorsqu'ils poursuivent d'autres objectifs politiques.

B. Faire des affaires avec les entreprises

26. Les États réalisent toutes sortes de transactions avec les entreprises, que ce soit à titre de propriétaire, d'investisseur, d'assureur, de fournisseur ou de simple promoteur. Cela leur donne, individuellement ou collectivement, l'opportunité unique d'aider à prévenir les risques d'atteinte aux droits de l'homme par les entreprises. De fait, plus une entreprise est liée à un gouvernement ou est tributaire des pouvoirs publics ou de l'appui des contribuables, plus l'État a de bonnes raisons, sur le plan politique, de s'assurer qu'elle promeut le respect des droits de l'homme.

27. Il est plus facile pour les États de promouvoir le respect des droits de l'homme au sein des entreprises publiques, dont l'équipe dirigeante est nommée le plus souvent par l'autorité publique à laquelle elle rend compte. Les ministères impliqués disposent donc d'une grande possibilité de contrôle. En effet, lorsqu'une entreprise appartient à un État ou

¹⁰ Afrique du Sud, Ministère du commerce et de l'industrie, «Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review», juin 2009, p. 5.

en est le simple agent, l'État lui-même peut être tenu légalement responsable des faits illicites commis par cette entreprise. Bien entendu, les entreprises publiques, comme les autres, sont soumises au principe de responsabilité des entreprises au regard des droits de l'homme présenté au chapitre IV.

28. Certains États s'engagent en faveur de la promotion du respect des droits de l'homme dans ces entreprises. En 2008, la Chine a publié un document d'orientation à l'intention de ses entreprises publiques, dans lequel elle recommande des dispositifs d'élaboration de rapports de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et de protection des droits du travail¹¹. La Suède exige que ses entreprises publiques aient une politique des droits de l'homme et travaillent sur cette question avec leurs partenaires commerciaux, leurs clients et leurs fournisseurs. Elles sont par ailleurs tenues d'établir des rapports à ce sujet, conformément aux indicateurs de l'Initiative mondiale sur les rapports de performance (GRI), qui incluent les droits de l'homme¹². Les entreprises publiques néerlandaises sont encouragées à en faire autant¹³.

29. Bien que liés à un État, relativement peu d'organismes de crédit à l'exportation et d'agences officielles d'assurance ou de garantie des investissements tiennent compte expressément de l'impact sur les droits de l'homme des projets qu'ils soutiennent, même lorsque les risques sont notoirement élevés. Mais les choses changent. Une loi adoptée récemment par les États-Unis, par exemple, impose à la Overseas Private Investment Corporation de «publier un ensemble complet de lignes directrices dans les domaines de l'environnement, de la transparence, des droits du travail et des droits de l'homme internationaux aux conditions contraignantes pour la Corporation et ses investisseurs»¹⁴.

30. Certains organismes de promotion des exportations et des investissements invoquent que tenir compte des droits de l'homme les désavantage, eux et leurs clients, par rapport à la concurrence. La coopération internationale peut aider à uniformiser les règles du jeu, mais à condition d'améliorer les performances des retardataires. À l'échelon régional, une déclaration récente de la présidence de l'Union européenne consacrant la pertinence du cadre de référence pour les États membres de l'Union européenne encourage ces derniers à tenir compte de l'impact sur les droits de l'homme des projets soutenus par des garanties de crédit à l'exportation¹⁵. Les «démarches communes» de l'OCDE pourraient fournir des orientations utiles aux États membres de cette organisation concernant les obligations de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

31. Les marchés publics sont un autre vecteur. Par exemple, l'engagement pris par le Gouvernement des Pays-Bas d'atteindre une politique d'achat durable d'ici 2010 sera complété par des critères incluant le respect des normes internationales en matière de droits de l'homme¹⁶. Aux États-Unis, tous les fournisseurs ayant une activité commerciale importante avec le gouvernement fédéral doivent certifier qu'ils ont un programme

¹¹ «Instructing opinions about central State-owned enterprises fulfilling social responsibility», publié par la Commission chinoise de contrôle et d'administration des actifs publics du Conseil d'État, 4 janvier 2008.

¹² Voir, par exemple, <http://www.regeringen.se/content/1/c6/13/43/68/906181f3.pdf> et <http://www.sweden.gov.se/sb/d/2025/a/94125>.

¹³ Voir http://www.minfin.nl/Actueel/Kamerstukken/2009/04/Brief_publieke_belangen_en_staaatsdeelnemingen.

¹⁴ 22 U.S.C., par. 2191b.

¹⁵ Accessible en ligne: http://www.se.2009.eu/polopoly_fs/1.23024!menu/standard./file/Deklaration%20engelska.pdf.

¹⁶ Voir, à titre de référence, http://www.agentschapnl.nl/sustainableprocurement/criteria_development/index.asp.

d'engagements répondant aux normes éthiques et légales conformes à celles des lignes directrices fédérales sur la détermination de la peine¹⁷.

32. En résumé, le rôle d'acteur économique de l'État est un levier essentiel, mais sous-utilisé, pour la sensibilisation aux droits de l'homme dans l'entreprise et la prévention des abus commis par celle-ci.

C. Favoriser des cultures d'entreprise respectueuses des droits de l'homme

33. L'obligation de protection incombant à l'État dépasse largement son rôle d'acteur économique. La plupart des États ont adopté des mesures et créé des institutions se rapportant à la problématique des entreprises et des droits de l'homme, dont des normes sur le travail, la non-discrimination sur le lieu de travail, la santé, la sécurité et la protection du consommateur. Les États se sont toutefois moins souciés de remédier au problème plus systémique de la mise en place d'une culture d'entreprise et de pratiques respectueuses des droits de l'homme. Il s'agit ici d'examiner quatre instruments politiques et leur utilisation actuelle: les politiques de RSE, la présentation de rapports, les obligations des administrateurs et les dispositions légales intégrant le concept de «culture d'entreprise».

34. Nombre de gouvernements ont adopté des directives ou des politiques de RSE. Pour ne citer que deux exemples récents, l'Inde a publié des directives pour que les entreprises protègent les droits des employés, respectent les droits de l'homme et évitent de se rendre complices d'atteinte aux droits de l'homme¹⁸ et la Norvège a élaboré un livre blanc guidant ses entreprises vers les normes internationales pertinentes en matière de droits de l'homme, suggérant des ressources pour traiter les dilemmes liés aux droits de l'homme et recommandant que les entreprises adoptent le processus de diligence raisonnable du cadre de référence¹⁹.

35. Cependant, dans l'ensemble, relativement peu de politiques ou de directives nationales de RSE font explicitement mention des normes internationales relatives aux droits de l'homme. Même lorsqu'elles mettent en exergue des principes généraux ou des initiatives contenant des éléments relatifs aux droits de l'homme, notamment les Principes directeurs de l'OCDE et le Pacte mondial, elles n'indiquent pas aux entreprises ce qu'elles doivent faire sur le plan opérationnel. D'autres politiques sont encore plus vagues et se bornent à demander aux entreprises de tenir compte des «problèmes» sociaux et environnementaux, mais sans expliquer ce que cela induit dans la pratique. Pour mériter la qualification de «politique», même les actions volontaires des États devraient indiquer les résultats attendus, conseiller des méthodes appropriées et aider à diffuser les meilleures pratiques. Le pilier «responsabilité de l'entreprise de respecter les droits de l'homme» du cadre de référence des Nations Unies peut fournir des orientations à cet égard.

36. Demander aux entreprises d'établir des rapports sur leur politique des droits de l'homme et ses effets, ou les encourager à le faire, est un second instrument politique majeur. Il permet aux actionnaires et autres parties prenantes de mieux collaborer avec les entreprises, d'évaluer les risques et de comparer les performances au sein des industries et entre elles. En outre, il aide les entreprises à mettre les droits de l'homme au cœur de leurs préoccupations commerciales et, partant, à s'acquitter de leur responsabilité de respecter ces droits.

¹⁷ Registre fédéral des États-Unis, vol. 73, n° 219, 12 novembre 2008.

¹⁸ Accessible en ligne: http://www.mca.gov.in/Ministry/latestnews/CSR_Voluntary_Guidelines_24dec2009.pdf.

¹⁹ Accessible en ligne: <http://www.regjeringen.no/en/dep/ud/Documents/Propositions-and-reports/Reports-to-the-Storting/2008-2009/report-no-10-2008-2009-to-the-storting.html?id=565907>.

37. Les orientations ou politiques gouvernementales relatives à l'élaboration de rapports de RSE, notamment sur les droits de l'homme, sont extrêmement variées. Nous avons déjà cité l'exemple des entreprises publiques chinoises, néerlandaises et suédoises. Au Danemark, toutes les sociétés d'une certaine taille doivent déclarer si elles ont une politique de RSE²⁰. En Malaisie, le rapport annuel des sociétés cotées en bourse doit inclure une description de leurs activités de RSE (celles de leurs filiales incluses) ou préciser qu'elles en sont dépourvues²¹. En Afrique du Sud, les entreprises cotées à la bourse de Johannesburg doivent rendre publique la façon dont elles se conforment au code national de gouvernance d'entreprise, qui recommande l'établissement de rapports financiers et non financiers intégrés²². En France, un projet de loi prévoit d'étendre l'obligation de rapport de responsabilité sociale aux entreprises non cotées en bourse (à l'exception des petites et moyennes entreprises). Quoiqu'il en soit, de telles mesures demeurent peu courantes et font rarement référence, de façon explicite, aux droits de l'homme. La forme et le fond des rapports des entreprises sont extrêmement variés, tout comme l'application ou non des dispositions et, le cas échéant, la façon dont elles sont appliquées.

38. Dans le monde entier, le rapport financier est l'obligation de rapport la plus réglementée et la plus lourde de conséquences juridiques pour les entreprises. En règle générale, les entreprises doivent divulguer toutes les informations «importantes» sur leurs opérations et leur situation financière, la non communication et les fausses déclarations étant sanctionnées. Les régulateurs tendent à considérer les informations comme «importantes» s'il existe une forte probabilité pour qu'un «investisseur raisonnable» en tienne grandement compte dans sa décision d'investir ou non. Ces informations incluent toujours les risques financiers mais, de plus en plus, les régulateurs reconnaissent l'«importance» de certains risques non financiers à court et à long terme dans les performances d'une entreprise. Quoiqu'il en soit, le projet du Représentant spécial sur le droit des sociétés révèle qu'aucun des quelque 40 pays étudiés n'a spécifiquement identifié comme «importants» les risques en matière de droits de l'homme, de sorte que peu d'entreprises en font état dans leurs rapports²³. Pourtant, le nombre de procès engagés contre des entreprises pour des motifs liés aux droits de l'homme ne cesse de croître (voir chapitre V) et les coûts occasionnés par ces réclamations est considérable. Il faudrait que les régulateurs précisent que l'impact des droits de l'homme peut être «important» et indiquent dans quelles circonstances il doit être publié en vertu des obligations en matière de rapport financier.

39. Un troisième instrument politique est la spécification des obligations des dirigeants d'entreprise. Ces derniers peuvent montrer l'exemple et jouer un rôle crucial en termes de contrôle. Le projet du Représentant spécial sur le droit des sociétés étudie dans quelle mesure les obligations des dirigeants facilitent actuellement le respect des droits de l'homme par les entreprises. Deux thèmes ont émergé. Le premier est le manque de clarté quant à ce que doivent faire les dirigeants dans le domaine des droits de l'homme, mais également quant à ce qu'ils sont autorisés à faire. Le second est la coordination limitée (voire inexistante) entre les régulateurs et les organismes publics chargés de faire respecter les obligations en matière de droits de l'homme. Il en résulte que les dirigeants n'ont guère d'informations, voire aucune, sur la façon dont ils peuvent contrôler le respect des droits de l'homme par leur entreprise. Cela dit, dans certains cas, s'ils ne prennent pas les droits de

²⁰ Loi modifiant la loi danoise sur les états financiers, 2008.

²¹ Règles de cotation à la Bursa Malaysia (annexe 9c, partie A (291)). Accessible en ligne: http://www.klse.com.my/website/bm/regulation/rules/listing_requirements/downloads/bm_mainchapter9.pdf.

²² Sect. 8.63 a) des règles de cotation à la bourse de Johannesburg.

²³ Voir <http://www.business-humanrights.org>.

l'homme en considération, ils s'exposent à un risque de manquement, comme nous le verrons aux paragraphes 69 à 73.

40. Les pratiques innovantes en matière de droits de l'homme sont rares. Au Royaume-Uni, la loi sur les sociétés impose aux dirigeants d'entreprise de «tenir compte» de questions telles que «l'impact des activités de la société sur la collectivité et l'environnement»²⁴. En Indonésie, la nouvelle loi relative aux sociétés exige que les sociétés d'exploitation de ressources naturelles «instaurent une politique de responsabilité environnementale et sociale»²⁵, ce qui peut soumettre les dirigeants à une obligation de contrôle. En Afrique du Sud, la nouvelle loi sur les sociétés autorisera les individus non actionnaires à demander qu'une entreprise engage elle-même une procédure pour protéger ses intérêts, notamment en cas de manquement de ses dirigeants, sous réserve qu'un tribunal décide qu'une telle action est nécessaire pour protéger les droits juridiques du demandeur²⁶.

41. Les lois sur les sociétés imposant aux dirigeants, au titre de leurs obligations envers l'entreprise, de tenir compte des impacts sociaux des activités de leur entreprise, droits de l'homme inclus, marqueront une étape importante vers la promotion de cultures d'entreprise respectueuses des droits de l'homme, même si l'objectif demeure la réussite de l'entreprise.

42. Au regard du droit pénal, un quatrième instrument est la reconnaissance du concept de «culture d'entreprise» au stade des poursuites ou du jugement, le mot «culture» renvoyant à un système de supervision et de contrôle adéquat au sein de la société, couplé à l'éthique d'entreprise en vigueur. En Australie, une entreprise peut être tenue pour responsable si ses dispositifs et sa culture autorisent, expressément ou tacitement, la commission d'une infraction par un employé ou un cadre, dont la participation à un crime international²⁷. De la même façon, une loi pénale italienne stipule qu'une entreprise peut être reconnue coupable si elle ne dispose pas d'un système efficace de contrôle et de supervision²⁸. Aux États-Unis, le régime fédéral de détermination de la peine impose d'examiner au niveau judiciaire si une entreprise possède une «culture d'entreprise qui encourage un comportement éthique et s'engage à respecter la loi» avant de prononcer une sanction pénale²⁹. De telles dispositions incitent les sociétés à se doter d'une culture de respect de la légalité et de normes éthiques.

43. En conclusion, en matière de politique favorisant le respect des droits de l'homme par les entreprises, la plupart des gouvernements en sont à un stade embryonnaire. Et, ironiquement, les instruments les moins utilisés sont ceux qui ont le plus d'effet sur le comportement des entreprises. Les États devraient réexaminer l'idée fautive que les sociétés privilégient invariablement, ou dont elles tirent parti, l'inaction de l'État. Or, lorsqu'elles sont confrontées à une situation difficile et politiquement tendue, les entreprises ont particulièrement besoin que leur gouvernement les oriente sur la façon de gérer les risques qu'elles courent inévitablement.

D. Zones affectées par un conflit

44. Les pires atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises se produisent dans des situations de conflit armé pour le contrôle d'un territoire, de ressources ou du pouvoir gouvernemental. Dans un tel contexte, le régime des droits de l'homme ne peut pas

²⁴ Sect. 172, par. 1 d) de la loi sur les sociétés de 2006.

²⁵ Art. 74, par. 1 de la loi n° 40 de 2007 relative aux sociétés à responsabilité limitée.

²⁶ Sect. 165 de loi sur les sociétés de 2008, qui devrait entrer en vigueur en 2010.

²⁷ Sect. 12.3, par. 2 c) et d) de la loi sur le Code pénal de 1995 (Cth).

²⁸ Décret législatif n° 231 du 8 juin 2001.

²⁹ U.S.S.G, sect. 8B2.1 a).

fonctionner et les activités illicites prospèrent. Or, même des entreprises de bonne réputation peuvent être impliquées dans des abus généralement commis par des tiers, par exemple par les forces de sécurité qui protègent leurs installations et leur personnel. De plus en plus souvent, les entreprises sollicitent les conseils des États. Mais les gouvernements, qu'ils soient d'un pays d'accueil, d'origine ou voisin, sont réticents à fournir une telle assistance et sont mal équipés à cet effet³⁰. Même les Principes volontaires relatifs à la sécurité et aux droits de l'homme ne sont pas suivis par un nombre suffisant d'États.

45. Comme nous l'avons vu, le Représentant spécial a convié un groupe d'États à des séances de réflexion informelles et non officielles visant à trouver des moyens innovants et pratiques de prévenir et d'atténuer les abus commis par des entreprises dans ces contextes difficiles. L'ordre du jour était le rôle potentiel de l'ambassade du pays d'accueil; une plus grande coopération entre les organismes d'aide au développement du pays d'origine, les ministères des affaires étrangères et du commerce, et les institutions de financement des exportations, mais également entre eux et les organismes publics d'accueil; et la possibilité d'élaborer des indicateurs d'alerte rapide pour les organismes publics et les entreprises. L'enseignement tiré de la première réunion par le Représentant spécial est la nécessité de traiter les problèmes avant que la situation sur le terrain ne s'aggrave et d'améliorer la coordination nationale entre les responsables des affaires commerciales et des droits de l'homme au sein d'une même ambassade.

E. Compétence extraterritoriale

46. Tous les États ont une obligation de protection contre les violations des droits de l'homme imputables à des entreprises opérant sur leur territoire et/ou relevant de leur juridiction. Dans plusieurs domaines politiques, dont la lutte contre la corruption, la réglementation des marchés boursiers, les lois antitrust, la protection de l'environnement et la compétence générale en matière civile et pénale, les États se sont mis d'accord sur l'exercice de la compétence extraterritoriale dans certaines circonstances. Mais cela ne s'applique généralement pas à la problématique des entreprises et des droits de l'homme.

47. Des questions légitimes se posent, mais il est peu probable qu'elles soient résolues dans un avenir proche. Néanmoins, l'impasse dans laquelle nous nous trouvons doit et peut être minimisée. Pour ne prendre que le cas le plus urgent, quel message les États souhaitent-ils adresser aux victimes d'abus commis par des entreprises dans les zones de conflit? Des excuses? Débrouillez-vous tous seuls? Ou les États vont-ils redoubler d'efforts pour que les sociétés relevant de leur compétence, ou opérant dans leur juridiction, ne commettent pas de tels abus ou n'y participent pas, et pour aider à y remédier quand ils se produisent? Cette dernière solution est indéniablement préférable.

48. Dans les discussions animées autour de la compétence extraterritoriale en matière d'entreprises et de droits de l'homme, on laisse généralement dans l'ombre une distinction essentielle entre deux phénomènes très différents. Le premier est la compétence exercée en relation directe avec des acteurs ou des activités à l'étranger, comme le régime pénal applicable au tourisme sexuel pédophile, où seule compte la nationalité de l'auteur, quel que soit le lieu de l'infraction. Le second concerne les mesures nationales ayant des incidences extraterritoriales. Par exemple, l'obligation faite aux sociétés mères de rendre compte de la

³⁰ Il y a des exceptions: le Gouvernement britannique a publié «Business and Human Rights Toolkit» pour ses missions à l'étranger. Accessible en ligne: <http://www.fco.gov.uk/resources/en/pdf/3849543/bus-human-rights-tool.pdf>; voir aussi OCDE, «Outil de sensibilisation au risque destiné aux entreprises multinationales opérant dans les zones à déficit de gouvernance». Accessible en ligne: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/21/36885821.pdf>.

politique générale de l'entreprise et des résultats de son application en matière de protection des droits de l'homme, y compris dans ses filiales à l'étranger. Ce dernier phénomène fait du territoire la base juridictionnelle, même dans les cas où il a des incidences extraterritoriales.

49. L'extraterritorialité n'est donc pas un problème binaire: elle comprend toute une gamme de mesures. On peut imaginer un tableau sur deux lignes et trois colonnes. Les lignes représenteraient, l'une, les mesures nationales ayant des incidences extraterritoriales, et l'autre, la compétence extraterritoriale qui s'exerce directement sur les acteurs ou les activités à l'étranger. La première colonne représenterait les politiques publiques relatives aux entreprises (telles que la RSE, les politiques concernant les marchés publics, les critères des organismes de crédit à l'exportation ou l'appui consulaire), la seconde serait la réglementation (par le biais du droit des sociétés, par exemple) et la troisième les actions coercitives (consistant à statuer sur les infractions présumées et à appliquer des décisions judiciaires et administratives). De la conjugaison de ces lignes et de ces colonnes naissent six types de formes «extraterritoriales», chacun offrant toute une gamme d'options. Mais toutes ces options ne sont pas aussi susceptibles les unes que les autres de provoquer des objections, en toutes circonstances, de la part d'autres États.

50. Le Représentant spécial poursuivra ses consultations sur le moyen d'éclaircir la notion vaste et extrêmement politisée de compétence extraterritoriale. Distinguer ce qui pose véritablement problème dans les mesures pleinement légitimes au regard du droit international est dans l'intérêt de toutes les parties concernées: les victimes d'atteintes aux droits de l'homme par des entreprises; les gouvernements d'accueil qui n'ont pas toujours les moyens de gérer le problème; les entreprises, qui peuvent voir leurs activités interrompues ou retardées et se trouver confrontées à des procédures judiciaires imprévisibles; et le pays d'origine lui-même, dont la réputation est en jeu.

F. En résumé

51. Le Représentant spécial a été chargé de donner son avis et de formuler des recommandations sur les moyens de renforcer le respect de l'obligation de protection incombant aux États lorsque des entreprises portent atteinte aux droits de l'homme. Les mesures préventives sont une partie de la solution. Si les gouvernements préservent leur capacité à protéger les droits de l'homme, à en promouvoir le respect dans leurs échanges commerciaux avec les entreprises, à favoriser les cultures d'entreprise respectueuses de ces droits, tant chez eux qu'à l'étranger, et à travailler ensemble pour prévenir et traiter les problèmes spécifiques des zones de conflit, ils feront un grand pas dans la bonne direction.

52. Une meilleure cohérence politique à l'échelon international est également nécessaire. Lorsqu'ils deviennent partenaires d'une institution multilatérale traitant de questions commerciales, les États ne sont pas pour autant dispensés de leurs obligations en matière de droits de l'homme. Ils devraient encourager ces organismes à instaurer des politiques et des pratiques favorisant le respect des droits de l'homme par les entreprises. De plus, renforcer les capacités et la sensibilisation grâce à ces institutions peut aider considérablement tous les États à s'acquitter de leur obligation de protection.

53. Les différents éléments composant l'obligation de protection incombant à l'État, tels qu'ils ont été présentés plus haut, peuvent par ailleurs aider d'autres acteurs, dont les organes internationaux et régionaux traitant des droits de l'homme, la société civile et les entreprises elles-mêmes, attirer l'attention sur les lacunes du système en vigueur et identifier les moyens de les combler.

IV. Responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme

54. La résolution 8/7 charge le Représentant spécial de préciser davantage «la responsabilité des entreprises de respecter tous les droits de l'homme» et de fournir des orientations concrètes sur son application aux entreprises et aux autres parties prenantes.

55. Le terme de «responsabilité», plutôt que d'«obligation», indique que respecter les droits n'est pas une obligation imposée directement aux entreprises par le droit international relatif aux droits de l'homme, même si certaines lois nationales en reprennent quelques principes. À l'échelon international, la responsabilité des entreprises de respecter les droits est une norme de comportement éthique reconnue par presque tous les instruments volontaires ou juridiquement non contraignants se rapportant à la RSE³¹, norme aujourd'hui confirmée par le Conseil lui-même.

56. Outre se conformer aux exigences légales, les entreprises introduisent de plus en plus d'éléments relatifs aux droits de l'homme dans leurs initiatives de RSE. Cette pratique s'est rapidement répandue ces dix dernières années. Elle permet d'apprendre et d'aider à améliorer la visibilité des droits de l'homme au sein de l'entreprise. Cela dit, ainsi que l'a montré le Représentant spécial, les initiatives de RSE traitent les droits de l'homme d'une façon extrêmement variable d'une entreprise à l'autre. Elles sont généralement dissociées des dispositifs de contrôle et de surveillance internes, et beaucoup sont faibles en termes de transparence³². Le problème tient en partie au fait que les entreprises n'ont pas de concept stratégique systématique s'agissant des droits de l'homme. La «responsabilité des entreprises de respecter» fournit ce concept.

A. Fondements

57. La responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme implique de s'abstenir d'enfreindre les droits d'autrui comme de traiter les effets négatifs qu'une telle infraction peut entraîner. Cette responsabilité est indépendante des obligations des États en matière de droits de l'homme. Elle s'applique à toutes les entreprises, dans toutes les situations.

58. Quelle est l'étendue de cette responsabilité? Quels actes ou caractéristiques recouvre-t-elle? Son étendue est définie par les effets réels et potentiels sur les droits de l'homme dus aux activités d'une entreprise et à ses relations avec d'autres parties telles que ses partenaires commerciaux, les agents de sa chaîne d'approvisionnement, d'autres acteurs non étatiques et des agents de l'État. En outre, les entreprises doivent considérer de quelle façon un contexte national ou local particulier peut influencer sur leurs activités et leurs relations avec d'autres parties en termes de droits de l'homme. Des caractéristiques comme la taille de l'entreprise, son influence ou ses marges bénéficiaires peuvent être pertinentes pour déterminer l'étendue de ses activités de RSE, mais elles ne définissent pas l'étendue de leur responsabilité dans le domaine des droits de l'homme. Les effets directs et indirects, oui.

59. Du fait que les entreprises peuvent avoir un impact sur la quasi-totalité des droits reconnus au plan international³³, la responsabilité de respecter s'applique donc à tous ces

³¹ La récurrence de cette norme est exposée dans le document A/HRC/11/13, par. 46 à 48.

³² Voir A/HRC/4/35, par. 66 à 81.

³³ Les différents impacts des entreprises sur les droits sont énumérés dans le document A/HRC/8/5/Add.2.

droits. Dans la pratique, certains droits peuvent être plus pertinents que d'autres, selon l'industrie considérée et le contexte, et seront d'autant plus au centre des préoccupations de l'entreprise. Cela dit, les situations peuvent changer, de sorte que des évaluations périodiques sont nécessaires pour qu'aucun problème majeur ne soit négligé.

60. Pour mener ces évaluations, les entreprises devront au minimum se référer à une liste de droits qui font autorité, à savoir ceux énoncés dans la Charte internationale des droits de l'homme (qui comprend la Déclaration universelle des droits de l'homme et les principaux instruments d'après lesquels elle a été codifiée: le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) et dans les conventions fondamentales de l'OIT³⁴. Les principes consacrés par ces instruments sont le fondement du régime international des droits de l'homme. Or, du fait que ces instruments relèvent de l'État, leur signification pour les entreprises prête souvent à confusion. En quoi concernent-ils les entreprises s'ils ne leur imposent pas d'obligations juridiques directes? La confusion est facile à dissiper: les entreprises peuvent porter atteinte aux droits reconnus par ces instruments, et le font. Par ailleurs, c'est à l'aune de ces droits que les autres acteurs sociaux jugent les pratiques des entreprises dans le domaine des droits de l'homme. En résumé, les entreprises devraient considérer ces instruments comme une liste faisant autorité de droits reconnus à l'échelon international. Des orientations plus précises sur l'impact des entreprises sur ces droits figurent dans la publication du HCDH intitulée *Human Rights Translated: A Business Reference Guide*³⁵.

61. Selon les circonstances, les entreprises peuvent être amenées à envisager des normes supplémentaires: dans les zones touchées par un conflit (qui posent des problèmes particuliers), par exemple, elles devraient tenir compte du droit international humanitaire³⁶ et des normes spécifiques aux groupes «à risque» ou vulnérables (par exemple, les populations autochtones ou les enfants) pour les projets qui les concernent³⁷.

62. Un certain nombre de parties prenantes ont demandé si les entreprises avaient des responsabilités fondamentales en matière de droits de l'homme, au-delà de celle de respecter les droits. Quelques-unes ont même préconisé que la capacité des entreprises à respecter les droits devrait se traduire en responsabilité de respecter, surtout lorsque la capacité du gouvernement est limitée³⁸.

63. Les entreprises pourraient prendre des engagements supplémentaires en termes de droits de l'homme, que ce soit pour des raisons philanthropiques, pour protéger et promouvoir leur marque ou pour développer de nouveaux débouchés commerciaux. Les conditions opérationnelles peuvent nécessiter des responsabilités supplémentaires dans des circonstances spécifiques, tandis que les contrats passés avec des autorités publiques pour des projets particuliers peuvent l'exiger. D'autres cas, comme les catastrophes naturelles ou les situations d'urgence touchant la santé publique, peuvent constituer pour tout acteur

³⁴ L'OIT considère que huit conventions sont «fondamentales». Ces conventions constituent le fondement de la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Accessible en ligne: <http://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm>.

³⁵ Rapport élaboré conjointement par le Pacte mondial, le Forum international des chefs d'entreprise et le Centre Castan pour le droit relatif aux droits de l'homme de l'Université Monash. Accessible en ligne: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Human%20Rights%20Translated_web.pdf.

³⁶ Comité international de la Croix-Rouge, «Les entreprises et le droit international humanitaire». Accessible en ligne: <http://www.icrc.org/Web/Eng/siteeng0.nsf/html/business-ihl-150806>.

³⁷ Le Représentant spécial remercie the Ethical Globalization Initiative d'avoir organisé un atelier sur l'intégration de l'égalité des sexes dans le cadre de référence; voir, pour information, <http://www.reports-and-materials.org/Gender-meeting-for-Ruggie-29-Jun-2009.pdf>.

³⁸ Le Représentant spécial remercie le *Institute for Human Rights and Business* pour avoir organisé un atelier sur le sujet.

social qui en a la capacité une raison impérieuse d'apporter une contribution temporaire. Il est à la fois raisonnable et souhaitable que certaines entreprises, dans certaines situations, mènent de telles actions imprévues et ponctuelles.

64. Quoi qu'il en soit, la proposition selon laquelle la responsabilité des entreprises au regard des droits de l'homme devrait, d'une manière générale, être déterminée par la capacité de chacune d'elles, que cette capacité soit absolue ou liée à un État, est inquiétante. Si l'on part de ce principe, une grande entreprise rentable opérant dans un pays petit et pauvre peut rapidement être amenée à exercer des fonctions sociales, voire de gouvernance, toujours plus importantes. Or, elle n'a pas de légitimité démocratique, elle diminuerait ainsi la volonté de l'État de renforcer durablement ses capacités et elle risquerait de compromettre son propre rôle économique, voire sa viabilité commerciale. De fait, cette proposition incite à des jeux stratégiques non souhaitables, quel que soit le contexte du pays.

65. En revanche, la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme existe quelles que soient les obligations ou la capacité des États. Cette responsabilité est universellement applicable par toutes les entreprises et dans toutes les situations.

B. Respect des lois

66. Nous l'avons vu, la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme n'est pas une zone de non-droit car certains de ses éléments peuvent être exigés par le droit national. Aux dires des entreprises, leur responsabilité sociale commence par le respect des lois. Cela dit, dans le domaine des droits de l'homme, elles ne considèrent pas toujours le respect des lois comme une obligation assortie de proactivité. En outre, dans certaines situations, la prudence leur recommande de respecter les lois même en l'absence de normes légales précises et pleinement définies. Trois scénarios se rapportant au respect des lois sont traités ici: les zones de faible gouvernance, la possible «importance» des risques liés aux droits de l'homme et la réduction du risque de complicité de l'entreprise dans des crimes internationaux.

67. Tout d'abord, de nombreuses atteintes aux droits de l'homme par des entreprises sont commises en violation de lois nationales peu, voire pas du tout, appliquées. Dès le début de son mandat, le Représentant spécial a demandé aux plus grandes associations d'entreprises du monde de se pencher sur le problème. Leur réponse a été sans appel: «Toutes les entreprises ont les mêmes responsabilités dans les zones de faible gouvernance qu'ailleurs. On attend d'elles qu'elles respectent la loi, même lorsqu'elle n'est pas appliquée, ainsi que les principes des instruments internationaux pertinents lorsqu'il n'y a pas de loi nationale»³⁹.

68. Le problème est plus complexe lorsque le droit national est en conflit avec les normes internationales et lorsque le respect des lois risque de limiter la responsabilité de respecter de l'entreprise. À cet égard, le cas le plus classique est celui de l'apartheid en Afrique du Sud. Le Représentant spécial a traité ce dilemme dans son rapport de 2009⁴⁰. Par le biais de sa consultation en ligne, il cherche d'autres avis et expériences sur les moyens de traiter ce problème.

³⁹ Organisation internationale des employeurs, Chambre de commerce internationale et Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE, «Business proposals for effective ways of addressing dilemma situations in weak governance zones», 2006. Accessible en ligne: <http://www.reports-and-materials.org/Role-of-Business-in-Weak-Governance-Zones-Dec-2006.pdf>.

⁴⁰ A/HRC/11/13, par. 66 à 68.

69. Le second scénario est plus complexe. Dans certaines situations, des entreprises portent atteinte aux droits de l'homme et, ce faisant, ne respectent pas non plus les réglementations en vigueur sur les marchés boursiers et la gouvernance d'entreprise. Quel est le rapport? Si les entreprises n'évaluent pas ni ne mesurent correctement les risques liés aux parties prenantes, elles ne pourront ni les divulguer ni les traiter, selon que de besoin. Les risques liés aux parties prenantes tiennent à la réticence ou à la résistance de communautés locales aux opérations de l'entreprise, le plus souvent pour des questions d'environnement ou de droits de l'homme. Actuellement, les secteurs de l'industrie minière et des infrastructures en sont l'exemple le plus patent, en particulier pour les entreprises qui opèrent dans des zones de conflit ou autres contextes difficiles. Cela dit, des lacunes similaires en termes de contrôle ou de surveillance internes existent probablement dans d'autres secteurs.

70. Pour les entreprises, ces risques induisent des retards de conception, d'implantation, d'obtention de permis, de construction, de fonctionnement et de revenus; des relations problématiques avec le marché du travail local; des coûts de financement, d'assurance et de sécurité plus élevés; une diminution de la production; des effets collatéraux tels que la perturbation du temps de travail et l'atteinte à la réputation; et une éventuelle annulation de projets, qui oblige une entreprise à renoncer à tous ses investissements et à ses réserves, revenus et bénéfices perdus, ce qui, concernant ces derniers, peut atteindre plusieurs milliards de dollars⁴¹.

71. Une étude menée sur 190 projets de grandes compagnies pétrolières internationales indique que le temps nécessaire pour qu'un projet entre en phase opérationnelle a pratiquement doublé ces dix dernières années, ce qui génère une hausse considérable des coûts. Les retards sont imputés à «la complexité technique et politique» des projets⁴². Une analyse indépendante et confidentielle portant sur un sous-ensemble de ces projets indique que les risques non techniques représentent près de la moitié de tous les facteurs de risque auxquels ces entreprises sont confrontées, les risques liés aux parties prenantes venant en tête. Une entreprise aurait perdu 6,5 milliards de dollars en «érosion de valeur» sur une période de deux ans, soit plus de 10 % de ses bénéfices annuels. Ces chiffres sont exorbitants.

72. Apparemment, ces coûts sont «éclatés» au sein de l'entreprise, dispersés entre les différents budgets et fonctions internes, et non réunis en une seule catégorie qui attirerait l'attention de la direction générale et du conseil d'administration. Cela dit, mis bout à bout, ces risques pourraient bien être qualifiés d'«importants», même au regard des définitions les plus étroites, et, si on n'y porte pas remède, ils devront être publiés conformément au droit en vigueur.

73. Tout le monde y perd: les droits de l'homme sont mis à mal, les entreprises perdent de l'argent et les obligations de publier les informations, comme les obligations incombant aux dirigeants, ne sont pas respectées. Manifestement, il est nécessaire d'améliorer les dispositifs de contrôle interne et de surveillance.

74. Il en va de même pour le troisième scénario: la gestion du risque d'implication des entreprises dans des crimes internationaux liés aux droits de l'homme. Cet aspect concerne les mêmes secteurs et circonstances dont il a été question plus haut. Peu d'entreprises de bonne réputation risquent de commettre directement des actes équivalant à des crimes

⁴¹ Voir Institut des ressources mondiales, «Development without Conflict: The Business Case for Community Consent», 2007. Accessible en ligne: http://pdf.wri.org/development_without_conflict_fpic.pdf.

⁴² Goldman Sachs Global Investment Research, «Top 190 projects to change the world», avril 2008.

internationaux. Cela dit, elles courent un risque accru d'être confrontées à des allégations de complicité de crimes commis par des tiers liés à leurs activités commerciales⁴³.

75. Par exemple, sur les plus de 50 affaires engagées depuis 1997 contre des entreprises basées aux États-Unis ou non, au titre de l'Alien Tort Statute (loi sur les délits civils contre les étrangers), la plupart portaient sur une complicité présumée de génocide, d'esclavage, d'exécutions extrajudiciaires, de torture, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre et autres violations graves des droits de l'homme. D'autres juridictions ont fait droit à des actions au civil et réglé ainsi de nombreux différends, aux États-Unis et ailleurs. En matière pénale, le Représentant spécial a expliqué qu'intégrer les dispositions du Statut de la Cour pénale internationale dans le droit interne des juridictions nationales appliquant la responsabilité pénale des entreprises peut étendre la portée potentielle de telles dispositions au-delà du dirigeant d'entreprise individuel, à l'entreprise elle-même⁴⁴. Des organisations de défense des droits de l'homme insistent pour que de telles dispositions soient employées et au moins une enquête sur la question a été réalisée par des fonctionnaires d'État.

76. Par prudence, ces entreprises devraient gérer ce risque avec la plus grande rigueur. Cela dit, bien que la somme des responsabilités juridiques potentielles des entreprises ne cesse de croître, même les grandes entreprises opérant dans les secteurs les plus directement concernés tendent à ne pas traiter ce risque comme une question de respect de la loi. Sans doute ont-elles elles du mal à concevoir que l'on puisse les tenir pour responsables d'avoir participé à une violation des droits de l'homme commise par des tiers, tels qu'un État ou des forces de sécurité, liés à ses activités.

77. Enfin, les entreprises devraient réfléchir au fait que plusieurs actions notoirement connues contre des sociétés impliquaient à la fois les trois scénarios: système juridique national faible, perturbation des activités de l'entreprise par la communauté et demande par l'entreprise à des forces de sécurité de mesures coercitives, ou leur acceptation, menant à la perpétration présumée de crimes pour lesquels l'entreprise sera jugée pour complicité.

78. Aussi évident que puisse paraître le principe de respect des lois, s'agissant du contexte des droits de l'homme, les entreprises devront améliorer leurs dispositifs internes de contrôle et de surveillance.

C. Diligence raisonnable

79. La réaction appropriée d'une entreprise pour gérer les risques d'atteinte aux droits d'autrui est de faire preuve de diligence raisonnable. Ce processus aide les sociétés à s'acquitter de leurs responsabilités envers les individus et les communautés sur lesquels elles ont un impact, ainsi que de leurs responsabilités envers les actionnaires. Ce faisant, elles protègent à la fois leurs valeurs et leur valeur.

80. La gestion du risque d'atteinte aux droits de l'homme peut changer la donne pour les entreprises: il s'agit de passer du concept «dénoncer et stigmatiser» à celui de «savoir et faire savoir». Le premier concerne l'attitude des parties prenantes externes vis-à-vis des entreprises qui ne respectent pas les droits de l'homme. Le second consiste pour les entreprises à internaliser elle-même ce respect par le biais de la diligence raisonnable.

81. Les entreprises étudient régulièrement les répercussions de leurs activités sur les droits de l'homme pour s'assurer qu'un projet de transaction ne comporte pas de risques

⁴³ Il se dégage de l'opinion juridique internationale que la norme pertinente consiste à fournir sciemment une aide pratique ou un encouragement ayant une incidence appréciable sur la perpétration d'un crime. Voir A/HRC/8/16.

⁴⁴ Voir A/HRC/4/35, par. 22 à 25.

cachés. À partir des années 90, elles ont adopté des dispositifs de contrôle interne pour gérer les risques courus, les leurs et ceux des parties prenantes susceptibles de pâtir de leur conduite: par exemple, pour prévenir la discrimination dans l'emploi, les atteintes à l'environnement ou les comportements criminels. Fondé sur des pratiques bien établies et associées aux principes élémentaires des droits de l'homme, le cadre de référence «protéger, respecter et réparer» établit les paramètres fondamentaux de la diligence raisonnable. Permettant aux entreprises de s'acquitter de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme, ce processus doit faire plus qu'identifier et gérer les risques importants que court l'entreprise. Il doit inclure les risques que les activités de l'entreprise et de ses partenaires peuvent faire courir aux droits des individus et des communautés impliqués.

82. Mais il ne saurait y avoir un modèle unique dans un monde comptant 80 000 sociétés transnationales, dix fois plus de filiales et un nombre incalculable d'entreprises nationales, dont beaucoup sont des petites et moyennes entreprises. L'objectif du Représentant spécial est de fournir aux entreprises des principes directeurs universels leur permettant de s'acquitter de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme, sachant que la complexité des instruments et des processus employés variera nécessairement en fonction des circonstances.

83. Dans cette optique, la diligence raisonnable se compose de quatre éléments: élaborer une politique formulant l'engagement de l'entreprise à respecter les droits de l'homme; évaluer périodiquement les incidences réelles et potentielles sur les droits de l'homme des activités et des relations d'affaires de l'entreprise; intégrer ces engagements et ces évaluations dans les dispositifs internes de contrôle et de surveillance; et suivre de près les résultats et en rendre compte. Les mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise remplissent deux fonctions: dans le cadre du quatrième élément ci-dessus, ils fournissent à l'entreprise un retour d'informations utile pour identifier les risques et éviter l'aggravation des différends. En second lieu, ils peuvent aussi fournir des mesures de réparation, comme nous le verrons au chapitre V. Chacun de ces éléments est essentiel. Sans eux, une entreprise ne peut savoir et faire savoir qu'elle s'acquitte de sa responsabilité de respecter les droits.

84. Se contenter de mettre en place ces éléments, cependant, ne garantit pas que le dispositif fonctionnera. C'est pourquoi le Représentant spécial développe en parallèle des points d'orientation pour leur mise en œuvre. Par exemple, les entreprises doivent comprendre que la responsabilité de respecter les droits de l'homme n'est pas une action ponctuelle mais une activité continue et dynamique. Autre exemple, elles doivent accepter que, la question des droits de l'homme affectant des individus et des communautés, la gestion des risques implique de s'engager véritablement et de dialoguer avec ces individus et communautés. Enfin, pour prendre un dernier exemple, la diligence raisonnable servant aux entreprises à démontrer qu'elles respectent les droits, elles devront mesurer leur transparence et leur accessibilité aux parties prenantes. La consultation en ligne du Représentant spécial explore la façon dont on peut élaborer ces éléments et processus.

85. Cet exposé du concept de diligence raisonnable s'achève sur deux réserves. La première pourrait être décrite comme «le dilemme de la normalisation». Faire des droits de l'homme une norme de gestion du risque devrait réduire les atteintes à ces droits par les entreprises. Cependant, cela peut aussi procurer aux entreprises un faux sentiment de sécurité quant au respect des droits si elles perdent de vue le caractère unique des droits de l'homme. La gestion des risques en matière de droits de l'homme diffère de celle des risques commerciaux, techniques et même politiques en ce qu'elle implique des détenteurs de droit. Par conséquent, il s'agit intrinsèquement d'un processus de dialogue qui exige de s'engager et de communiquer, et non simplement de calculer des probabilités.

86. La seconde réserve concerne les limites de ce que les entreprises ont à gagner, en termes juridiques, à exercer la diligence raisonnable. Ce processus leur permet de déceler et

de prévenir les incidences négatives qu'elles peuvent avoir sur les droits de l'homme. Mais il doit aussi servir à protéger les conseils d'administration contre les plaintes des actionnaires pour mauvaise gestion. Dans les procédures au titre de l'Alien Tort Statute, entre autres lois, prouver que l'entreprise a pris toutes les mesures raisonnables pour éviter toute implication dans la présumée violation ne peut que jouer en sa faveur. Mais le Représentant spécial ne soutiendra jamais les propositions voulant qu'il suffit à une entreprise d'appliquer la seule diligence raisonnable pour échapper automatiquement et totalement au champ d'application de l'Alien Tort Statute ou à toute responsabilité similaire⁴⁵.

D. En résumé

87. De la même façon que «l'obligation de protéger» fournit aux États une indication sur la façon d'améliorer la cohérence et l'efficacité de leurs politiques dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme, «la responsabilité de protéger» donne aux entreprises une voie à suivre pour gérer efficacement les risques liés aux droits de l'homme. Elle identifie les lacunes cruciales en matière de respect des lois et débouche sur un processus de diligence raisonnable par lequel les entreprises prennent conscience des préjudices qu'elles causent aux droits de l'homme et y remédient. Parallèlement, cette responsabilité peut inspirer les actions d'autres acteurs, dont les États et la société civile, pour aider et veiller à ce que les entreprises respectent les droits.

V. Accès à des voies de recours

88. Dans sa résolution 8/7, le Conseil a souligné la nécessité d'«améliorer l'accès à des recours efficaces des personnes dont les droits de l'homme sont touchés par les activités d'une entreprise» et prié le Représentant spécial de «chercher les moyens et faire des recommandations à ce sujet».

89. Le Représentant spécial s'est concentré sur trois types de mécanismes de réclamation permettant d'accéder à des voies de recours: les mécanismes au sein de l'entreprise et les mécanismes non judiciaires et judiciaires relevant de l'État. Il a par ailleurs étudié comment compléter ces mécanismes par des initiatives émanant d'organisations industrielles, de groupes multipartites, d'organisations internationales et de dispositifs régionaux de protection des droits de l'homme.

90. Par réclamation, ou grief, il faut entendre un sentiment d'injustice habilitant un individu ou un groupe à revendiquer un droit qui peut être fondé sur la loi, des promesses explicites ou implicites, une pratique coutumière ou une notion générale d'équité pouvant échapper à la logique économique et bureaucratique habituelle.

A. Au sein de l'entreprise

91. Les entreprises performantes n'attendent pas que leurs employés ou leurs clients portent plainte contre elles auprès d'organes externes de recours ou de tribunaux. Elles ont établi un dispositif permettant de traiter toutes sortes de réclamations afin de conserver la fidélité des consommateurs, de préserver le moral du personnel et de soutenir leur réputation d'entreprise réactive et responsable. Cela n'empêche pas les individus de

⁴⁵ C'est ce qu'a proposé Lucien J. Dhooge: «Due Diligence as a Defense to Corporate Liability Pursuant to the Alien Tort Statute», vol. 22, 2008, *Emory International Law Review*, p. 455.

recourir à des mécanismes relevant de l'État, ni de s'adresser aux syndicats, ni de faire valoir les conventions collectives. Ces mécanismes peuvent constituer un complément utile, mais ils demeurent peu développés s'agissant des droits de l'homme⁴⁶.

92. Nous l'avons vu, les mécanismes de réclamation remplissent deux fonctions dans le cadre de la responsabilité de respecter incombant aux entreprises. Tout d'abord, ils servent de système d'alerte rapide par lequel les personnes affectées fournissent aux entreprises des informations en continu sur les atteintes en cours ou potentielles aux droits de l'homme. En analysant les tendances et les caractéristiques ressortant des plaintes, les entreprises peuvent identifier les problèmes systémiques et adapter leurs pratiques en conséquence. Ensuite, grâce à ces mécanismes, il est possible de traiter les réclamations et d'y remédier directement, empêchant ainsi l'accumulation des violations et l'aggravation des griefs.

93. Ces mécanismes peuvent être assurés directement par l'entreprise, au moyen d'accords de collaboration avec d'autres entreprises ou organisations, ou en facilitant le recours à un expert ou à un organisme externes mutuellement acceptés.

94. Le Représentant spécial a identifié une série de principes que tout mécanisme de réclamation non judiciaire portant sur les droits de l'homme devrait inclure pour être crédible et efficace: légitimité, accessibilité, prévisibilité, caractère équitable, compatibilité avec les droits de l'homme et transparence. Un septième principe spécifique aux mécanismes de l'entreprise est que les entreprises devraient passer par le dialogue et l'engagement plutôt que jouer elles-mêmes le rôle d'arbitre⁴⁷.

95. Les mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise peuvent mettre ces principes en pratique par de nombreux moyens. La démarche appropriée dépendra en partie du contexte sectoriel, politique et culturel, mais également de la taille des opérations de l'entreprise et leurs impacts potentiels. En tout état de cause, l'intégralité des principes doit être maintenue. Les projets pilotes dont il a été question au paragraphe 11 testent ces principes et points d'orientation spécifiques préalablement à leur mise en œuvre opérationnelle.

B. Mécanismes non judiciaires relevant de l'État

96. En vertu de leur obligation de protéger, les États sont tenus de prendre les mesures voulues, sur leur territoire et/ou dans leur juridiction, pour garantir l'accès à des recours effectifs par des moyens judiciaires, administratifs, législatifs et autres appropriés⁴⁸. L'importance des mécanismes non judiciaires relevant de l'État, comme des mécanismes judiciaires, est souvent oubliée, qu'il s'agisse du rôle qu'ils jouent pour le traitement des réclamations ou des autres fonctions cruciales qu'ils peuvent remplir, dont la promotion des droits de l'homme, en offrant des orientations, en renforçant les capacités et en fournissant un soutien aux entreprises et aux parties prenantes.

97. Les INDH sont un vecteur prometteur pour atteindre ces objectifs. Le Représentant spécial en a consulté plusieurs au cours de l'année écoulée, dont celles du Danemark, de l'Inde, du Kenya et de l'Afrique du Sud. Il a également rencontré le Comité international de coordination et d'accueil avec satisfaction la création du Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme. Cependant, le mandat de certaines INDH ne leur permet pas de traiter les réclamations se rapportant aux entreprises ou ne les y habilite que

⁴⁶ Tous les mécanismes de réclamation doivent distinguer les plaintes légitimes des plaintes abusives. Il en va de même pour les droits de l'homme.

⁴⁷ Voir A/HRC/11/13, par. 99.

⁴⁸ Voir A/HRC/11/13/Add.1.

lorsque l'entreprise exerce des fonctions d'intérêt public ou a des incidences sur certains droits. Les gouvernements devraient réexaminer cette limite, ce qui constituerait une mesure importante pour améliorer l'accès aux voies de recours.

98. Les Points de contact nationaux (PCN), qui traitent les plaintes déposées en vertu des Principes directeurs de l'OCDE, ont également le potentiel requis pour fournir des voies de recours effectives. Trente et un États membres de l'OCDE et onze autres États adhèrent à ces Principes directeurs. Lors de leur mise à jour, des améliorations pourraient être apportées dans plusieurs domaines pour valoriser ce potentiel.

99. Les PCN estiment qu'environ 40 % des réclamations qui leur sont soumises sont insuffisamment fondées ou ne relèvent pas des Principes directeurs⁴⁹. Sur ce dernier point, l'une des raisons majeures est l'absence de «lien d'investissement», soit parce que la multinationale impliquée est acheteuse du fournisseur, et non actionnaire, soit parce qu'il s'agit d'un établissement de crédit qui, s'il a permis à une entreprise opérationnelle de bénéficier d'un investissement, n'est pas lui-même investisseur. Cette approche reflète le lien entre les Principes directeurs et la Déclaration sur l'investissement international de l'OCDE. Néanmoins, elle restreint considérablement la fonction de mécanisme de réclamation des PCN pour les segments en rapide expansion des chaînes de valeur mondiales.

100. Un autre point de faiblesse est qu'aucune norme de performance minimale n'est attachée aux PCN. Certains ont énormément progressé, mais d'autres demeurent quasiment invisibles. Le nombre variable des plaintes qui leur sont présentées ne reflète pas celui des multinationales domiciliées dans le pays concerné: il tient également à la grande différence de réceptivité et d'efficacité d'un PCN à l'autre. De plus, une décision défavorable d'un PCN à l'encontre d'une entreprise n'entraîne aucune conséquence officielle: l'entreprise peut immédiatement adresser une nouvelle demande d'aide à l'exportation ou à l'investissement au même gouvernement. La mise à jour des Principes directeurs devrait examiner tous ces points faibles.

101. Les INDH et les PCN illustrent parfaitement la façon dont les recours non judiciaires peuvent contribuer à l'obligation de protéger incombant à l'État. Mais tous les États ne sont pas dotés de ces organes qui, lorsqu'ils existent, ne couvrent que rarement, voire jamais, la totalité des plaintes liées aux entreprises et aux droits de l'homme. C'est pourquoi l'univers des mécanismes non judiciaires relevant de l'État est si mal doté en personnel et en ressources. Du fait de ces lacunes, les parties lésées et leurs représentants dépendent fortement des campagnes et des poursuites à l'encontre des entreprises.

102. Les États pourraient corriger ce déficit en élargissant le mandat des mécanismes existants ou en y ajoutant des mécanismes complémentaires fondés sur des exemples de procédures de réclamation pris dans le domaine du commerce équitable, des normes publicitaires ou de la consommation. Quelle que soit la voie qu'ils choisissent, les États devraient considérer la question des recours de manière exhaustive de façon à ce que les mécanismes judiciaires et non judiciaires forment un système de recours cohérent pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme par des entreprises.

C. Mécanismes judiciaires

103. C'est aux États qu'incombe la responsabilité d'élaborer des mécanismes judiciaires et de veiller à leur fonctionnement et à leur accessibilité. Pour améliorer l'accès aux recours

⁴⁹ OCDE, Examen des performances des PCN: conclusions principales. Document DAF/INV/WP(2008)1/REV1.

judiciaires pour les violations des droits de l'homme par les entreprises, il est essentiel que les États et les entreprises agissent d'une façon favorisant l'indépendance et l'intégrité des systèmes judiciaires. Les États qui érigent délibérément des obstacles pour que des entreprises ne fassent pas l'objet de poursuites, pour faire obstruction aux activités pacifiques et légitimes des défenseurs des droits de l'homme ou pour intimider ceux-ci, ne respectent pas leur obligation de protéger⁵⁰. Et les entreprises qui entravent ou dénaturent les mécanismes judiciaires agissent à l'encontre de leur responsabilité de respecter.

104. Même en l'absence de tels obstacles, les victimes de violations des droits de l'homme par les entreprises sont souvent confrontées à des problèmes juridiques et pratiques dus à la complexité structurelle des entreprises modernes et aux déséquilibres entre les systèmes judiciaires.

105. Tout d'abord, l'un des problèmes d'ordre juridique est la détermination des responsabilités entre les sociétés d'un groupe. De nombreuses atteintes aux droits de l'homme impliquant des entreprises violent également le droit civil ou pénal national en vigueur, mais l'application de leurs dispositions à un groupe de sociétés peut être extrêmement complexe, même dans les affaires purement nationales.

106. Un certain nombre d'arguments juridiques ont été avancés dans des affaires impliquant la responsabilité d'une société mère pour des préjudices causés par une filiale. Certains reposent sur la «négligence» présumée de la société mère à l'égard de sa filiale (responsabilité primaire) et se concentrent, par exemple, sur le fait de savoir si la société mère a instauré des systèmes ou des processus clefs, à l'instar de ceux établis pour les activités dangereuses. D'autres arguments évoquent la «complicité» (responsabilité secondaire) ou le concept d'«intermédiaire» (responsabilité du fait d'autrui), appliqués tant en *common law* qu'en droit romain. La responsabilité des associés dans les co-entreprises et autres relations contractuelles soulève des problèmes encore plus complexes, bien que la théorie de la coresponsabilité commence à voir le jour dans certaines juridictions. En bref, il faut une bien plus grande clarté concernant la responsabilité des sociétés mères et des groupes en matière de réparation.

107. En second lieu, le problème s'aggrave s'agissant des activités à l'étranger d'entreprises multinationales. La question cruciale est de savoir dans quels cas les tribunaux ont une compétence extraterritoriale. Un certain consensus semble se dégager: au pénal, par exemple, la nationalité peut s'appliquer concernant les défendeurs, entreprises incluses. Au civil, le fait que le défendeur soit «domicilié» (ou «présent») dans l'État du for détermine la juridiction compétente. Il faut que tous les systèmes nationaux adoptent sur la question de la compétence juridictionnelle extraterritoriale une approche de principe conciliant les intérêts du plaignant, du défendeur et des États, en particulier dans les pays d'accueil où le risque est élevé de voir toute demande de réparation refusée.

108. Le troisième enjeu juridique est qu'une enquête sur les violations des droits de l'homme commises par une grande entreprise dépasse généralement le champ d'action habituel des procureurs d'un État. Une telle procédure requiert du savoir-faire, des ressources et une volonté politique. Lorsque les événements se sont produits dans un autre pays, ce type d'enquête, pour être efficace, nécessite une coopération internationale. Les dispositions pénales restent lettre morte si les États ne s'acquittent pas de leur obligation d'enquêter sur la participation d'individus et d'entreprises dans les crimes se rapportant aux entreprises et aux droits de l'homme.

109. Quant aux obstacles d'ordre pratique, trois sont particulièrement problématiques: les coûts, l'introduction de plaintes collectives et représentatives, et les mesures dissuasives

⁵⁰ Voir, pour référence, la résolution 53/144 de l'Assemblée générale.

quant à l'aide aux victimes, juridique et autre. Lorsque ces obstacles s'accumulent, les victimes n'ont pratiquement aucun accès à des recours judiciaires.

110. La question des coûts est fondamentale, qu'il s'agisse de la rémunération d'un conseiller juridique où des frais générés lorsque le plaignant perd son procès. Les coûts ont certes un effet dissuasif quant aux plaintes infondées, mais ils ne devraient pas empêcher les requérants légitimes d'accéder au système judiciaire. Par ailleurs, l'accès à un juriste qualifié peut constituer un obstacle pour certains plaignants dans la plupart des juridictions. Enfin, outre l'aide juridictionnelle, des mesures innovantes existent pour le financement des procédures et des honoraires – l'assurance protection juridique, par exemple –, mais elles ne sont guère répandues.

111. Un second obstacle pratique tient aux restrictions concernant la «qualité pour agir» (c'est-à-dire qui est habilité à engager des poursuites) et la possibilité d'introduire des demandes collectives d'indemnisation. De nombreux abus impliquant des entreprises donnent lieu à un grand nombre de plaintes individuelles fondées sur les mêmes faits qui, si elles sont traitées séparément, sont trop onéreuses pour chaque plaignant. Les juridictions sont de plus en plus nombreuses à examiner la possibilité de regrouper ces plaintes, ainsi que les conditions dans lesquelles des actions représentatives pourront être recevables. L'Europe discute actuellement d'un projet de «recours collectif» dans le domaine de la protection des consommateurs; en Chine, le système des actions groupées assorties d'une «option de participation explicite» (*opt-in*) au civil évolue actuellement; et les formes d'«actions collectives» (*class actions*) s'étendent actuellement au Chili (plaintes de consommateurs), en Indonésie (dommages environnementaux) et en Afrique du Sud (protection des droits constitutionnels). Cependant, la portée de nombre de ces dispositifs dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme reste imprécise.

112. Les pratiques financières, sociales et politiques visant à dissuader les avocats de représenter un plaignant constituent un troisième obstacle pratique. Il s'ensuit que les entreprises poursuivies disposent d'un bien plus grand nombre de défenseurs (par ailleurs mieux rémunérés) que les plaignants. Dans certaines juridictions, les termes du règlement du litige exacerbent cette situation en fixant que, à l'avenir, les avocats du plaignant ne pourront plus agir contre la même entreprise. S'ajoute à cela que, lorsque les défenseurs des droits de l'homme sont gênés dans leur action ou intimidés, les victimes ne bénéficient plus d'aucun soutien, juridique ou autre.

113. Les gouvernements invoquent souvent la simple existence de leur système judiciaire comme preuve du respect de leur obligation de protéger mais, comme nous l'avons vu, c'est largement insuffisant. Le Représentant spécial continuera d'examiner les options permettant d'éliminer ces obstacles juridiques et pratiques, notamment par une consultation avec les parties prenantes.

D. Complémentarités

114. Les mécanismes judiciaires et non judiciaires relevant de l'État devraient jeter les fondements d'un plus vaste système de recours en cas de violation des droits de l'homme par les entreprises. Dans un tel système, les mécanismes de réclamation au sein de l'entreprise constitueraient un premier niveau de recours pouvant aboutir à une solution. Les mécanismes relevant de l'État ou de l'entreprise peuvent être complétés ou renforcés par une série d'initiatives axées sur la collaboration.

115. Les initiatives sectorielles et multipartites peuvent permettre aux entreprises d'étendre la portée et de réduire les coûts des mécanismes de réclamation. S'agissant des fédérations de syndicats et des sociétés transnationales, des accords-cadres mondiaux pourraient atteindre le même objectif. Et les mécanismes régionaux et interrégionaux

pourraient renforcer les normes communes des États et des entreprises dans toutes les juridictions. Quels que soient les arguments, l'objectif premier de ces mécanismes est que les victimes obtiennent réparation. Les entreprises et les États qui collaboreront pour développer ou superviser de tels mécanismes devraient le faire d'une façon cohérente avec la responsabilité de respecter des entreprises et l'obligation de protéger des États.

116. L'accès à ces mécanismes peut être encore plus difficile pour ceux qui en ont le plus besoin, les groupes «à risque» et vulnérables. Qu'il s'agisse de discrimination volontaire ou des conséquences involontaires de la conception et du fonctionnement des mécanismes de réparation, ces groupes sont souvent confrontés à des obstacles culturels, sociaux, physiques et financiers pour y accéder. Les responsables des mécanismes devront tenir dûment compte des impacts différenciés sur ces groupes à chaque étape du processus de réclamation: accès, procédure et résultats.

E. En résumé

117. Dans la pratique, on est encore loin d'un système de recours complet et inclusif pour les victimes d'atteinte aux droits de l'homme par des entreprises. Malgré les progrès, tous les types de mécanismes – non judiciaires et judiciaires relevant de l'État, au sein de l'entreprise, axés sur la collaboration et internationaux – restent sous-développés.

118. Par ailleurs, les individus et les communautés ne connaissent souvent pas les possibilités de recours ou ne savent pas quel recours choisir. À mesure que les mécanismes prolifèrent, leur accès est encore plus difficile si les parties ne disposent pas d'une aide appropriée pour s'y retrouver. Le Représentant spécial a récemment mis à jour son forum en ligne, BASESwiki⁵¹, par lequel il va continuer d'améliorer l'accès à l'information, à l'apprentissage et aux compétences dans sa quête de mécanismes de réclamation non judiciaires plus efficaces. Le site compte actuellement plus de 200 mécanismes et 70 histoires de cas.

119. Le Représentant spécial mène également une étude de faisabilité sur l'opportunité et la manière de mettre en place un réseau de médiation internationale en vue d'améliorer l'accès à une résolution durable des différends portant sur les entreprises et les droits de l'homme. Son rapport final en exposera les résultats.

VI. Conclusion

120. **La résolution 8/7 a prolongé le mandat du Représentant spécial jusqu'en 2011. Le Conseil l'a prié de mettre en œuvre le cadre de référence «protéger, respecter et réparer» «en vue de fournir une protection plus efficace aux individus et aux communautés contre les atteintes aux droits de l'homme par, ou impliquant, des sociétés transnationales et autres entreprises».**

121. **En réfléchissant à la meilleure façon de mener à bien sa tâche, le Représentant spécial a trouvé de la sagesse dans les mots du Prix Nobel d'économie Amartya Sen: «Ce qui nous émeut [...], ce n'est pas de constater que le monde ne parvient pas à être entièrement juste (qui s'y attendrait parmi nous?), c'est qu'il existe autour de nous des injustices manifestement réparables, que nous voulons éliminer»⁵². Cette optique, dans le droit fil de l'approche du Représentant spécial, «pragmatisme et principes»,**

⁵¹ Accessible en ligne: www.baseswiki.org.

⁵² *L'Idée de justice* (Harvard University Press, 2009), p. 11. *Flammarion* pour l'édition française, traduit de l'anglais par Paul Chemla.

conduit à se demander comment, selon Sen, améliorer la vie réelle plutôt que vouloir définir de façon théorique des «sociétés parfaitement justes» (ou des institutions), ce qui, en tout état de cause est illusoire. Le présent rapport traite donc de la façon dont les États et les entreprises pourraient se montrer plus réactifs et efficaces dans le domaine des droits de l'homme et de l'entreprise. Identifier des mesures pratiques permet par ailleurs d'évaluer les performances des États et des entreprises, les uns par les autres et par d'autres parties prenantes.

122. Le cadre de référence des Nations Unies «protéger, respecter et réparer» pose les fondements d'un système de meilleure gestion des entreprises s'agissant des droits de l'homme. Il couvre les obligations des États et les responsabilités des sociétés. Il inclut les mesures de prévention et de réparation. Il implique tous les secteurs pertinents: États, entreprises, individus et communautés affectés, société civile et institutions internationales.

123. Tout progrès réalisé dans le cadre de l'un des trois piliers donne une impulsion aux autres et les renforce. Les obligations des États et des sociétés sont indépendantes, mais nul n'a besoin d'attendre, ni ne le devrait, que l'autre fasse le premier pas. Plus les États seront efficaces dans leur obligation de protéger, plus les entreprises seront poussées et enclines à respecter leur responsabilité de respecter. Et à mesure qu'elles internaliseront cette responsabilité, elles soutiendront de plus en plus les efforts des États à se rallier les retardataires. Quant à l'accès aux recours, plus ils s'amélioreront et plus les entreprises, comme les États, apprendront à mieux prévenir, dès l'origine, les abus impliquant des entreprises. Et ainsi de suite.

124. Dans le rapport qu'il présentera en 2011, le Représentant spécial fournira une série de principes directeurs pour la mise en œuvre des différents éléments et processus du cadre de référence, distincts mais complémentaires.

125. Le rapport final présentera également au Conseil des options et des recommandations quant aux initiatives que son successeur pourrait éventuellement prendre. Le Représentant spécial collaborera sans réserve avec les États membres, et autres, pour développer ces idées. En tout état de cause, pour maintenir la dynamique acquise par le mandat, il tient à faire dès à présent la recommandation qui suit.

126. Au-delà du domaine des normes du travail, le Représentant spécial est devenu l'interlocuteur *de facto* des Nations Unies pour les questions des droits de l'homme et de l'entreprise. Les États, les entreprises, les organismes des Nations Unies et autres organes nationaux et internationaux lui demandent régulièrement son avis concernant leurs propres politiques et pratiques relatives aux droits de l'homme et aux entreprises. Un manque de ressources a limité son travail et celui de sa petite équipe. Or, même limités, ces efforts cesseront au terme du mandat, à moins qu'une fonction consultative et de renforcement des capacités ne soit solidement ancrée au sein des Nations Unies. En toute logique, cette fonction devrait revenir au HCDH. Mais il faudrait que le Haut-Commissariat dispose des moyens nécessaires pour donner l'impulsion et les orientations dont les parties prenantes ont besoin et qu'elles attendent. Le Représentant spécial préconise vivement que le Conseil examine rapidement cette question.