



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/HRC/11/13
22 avril 2009

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME
Onzième 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**

**Les entreprises et les droits de l'homme:
Vers une traduction opérationnelle du cadre «Protéger, respecter et réparer»**

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

Résumé

Le présent rapport récapitule les principaux éléments du cadre «Protéger, respecter et réparer» et présente les orientations stratégiques suivies jusqu'à présent par le Représentant spécial pour donner à ce cadre une traduction opérationnelle.

* La soumission tardive de ce document s'explique par le souci d'y faire figurer des renseignements aussi à jour que possible.

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION.....	1 – 6	3
II. LA CRISE ÉCONOMIQUE	7 – 11	5
III. L’OBLIGATION DE PROTÉGER INCOMBANT À L’ÉTAT	12 – 44	6
A. Le droit des sociétés.....	24 – 27	9
B. Accords d’investissement et accords commerciaux	28 – 37	11
C. La coopération internationale	38 – 43	13
D. En résumé	44	14
IV. LA RESPONSABILITÉ QUI INCOMBE AUX ENTREPRISES DE RESPECTER LES DROITS DE L’HOMME	45 – 85	14
A. Responsabilité en matière de respect des droits de l’homme	56 – 69	17
B. Diligence raisonnable	70 – 84	20
C. En résumé	85	22
V. ACCÈS À DES RECOURS	86– 115	23
A. Obligations de l’État	87 – 90	23
B. Interaction entre les mécanismes judiciaires et non judiciaires	91 – 92	24
C. Mécanismes judiciaires.....	93 – 98	25
D. Mécanismes non judiciaires.....	99 – 114	26
E. En résumé	115	29
VI. CONCLUSION	116 – 121	29

I. INTRODUCTION

1. À sa session de juin 2008, le Conseil des droits de l'homme s'est félicité unanimement du cadre d'action «protéger, respecter et réparer» proposé par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises¹, prenant ainsi pour la première fois – que ce soit le Conseil ou son prédécesseur – une position de principe sur les entreprises et les droits de l'homme. Par sa résolution 8/7, le Conseil a aussi reconduit le mandat du Représentant spécial pour trois années supplémentaires, chargeant ce dernier de rendre le cadre «opérationnel», en formulant des «recommandations pratiques» et des «orientations concrètes» à l'intention des États, entreprises et autres acteurs sociaux concernant sa mise en œuvre.

2. Le cadre repose sur trois piliers: l'obligation de protection incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés; la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme, ce qui signifie, pour l'essentiel, de faire preuve de diligence raisonnable pour s'assurer de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui; et assurer aux victimes un meilleur accès des recours effectifs, tant judiciaires que non judiciaires². Ces trois piliers sont complémentaires et interdépendants.

3. Le nouveau mandat a pour objet de traduire le cadre en principes directeurs concrets. D'ores et déjà, le cadre suscite un intérêt considérable. Par exemple, l'organisme canadien de crédit à l'exportation s'y est référé en annonçant son nouvel «Énoncé sur les droits de la personne» et a indiqué qu'il suivrait les travaux du Représentant spécial «afin d'orienter sa façon d'évaluer le respect des droits de la personne»³. Le point de contact national (PCN) du Royaume-Uni pour les Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales a rendu un avis défavorable à une société qui n'avait pas exercé une «diligence raisonnable» suffisante en matière de droits de l'homme – utilisant le terme dans la définition que lui donne le rapport du Représentant spécial au Conseil de 2008 (A/HRC/8/5) – et a appelé l'attention de l'entreprise concernée en lui adressant des recommandations sur la façon de réaliser une politique de responsabilité sociale efficace⁴. Dans une motion, des membres du Parlement australien ont pris note du cadre et ont invité le Gouvernement à «inciter les entreprises australiennes à respecter les droits des personnes là où elles sont présentes et à établir des mécanismes de réclamation

¹ A/HRC/8/5.

² L'obligation de protéger incombant à l'État est une notion reconnue, fermement établie dans le droit international des droits de l'homme, qui n'a pas de rapport avec le principe de la «responsabilité de protéger» évoqué dans le débat sur l'intervention humanitaire.

³ «EDC publie un énoncé des principes qu'elle applique en matière de droits de la personne», 30 avril 2008: http://www.edc.ca/french/docs/news/2008/mediaroom_14502.htm.

⁴ Déclaration finale du point de contact national du Royaume-Uni pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales: Afrimex (UK) Ltd., 28 août 2008, par. 41, 64, 77: <http://www.berr.gov.uk/files/file47555.doc>.

conformes aux droits de l'homme, qu'elles opèrent en Australie ou à l'étranger»⁵. Le Livre blanc du Gouvernement norvégien de 2009 sur la responsabilité sociale des entreprises évoque largement le cadre⁶.

4. Plusieurs instances représentatives des entreprises de premier plan ont approuvé le cadre. Dans une déclaration conjointe, l'Organisation internationale des employeurs (OIE), la Chambre de commerce internationale (CCI) et le Comité consultatif économique et industriel (BIAC) auprès de l'OCDE ont estimé que le cadre offre «une manière claire, pratique et objective d'appréhender un ensemble très complexe de questions»⁷. Il a été accueilli favorablement par le Conseil international des mines et métaux et Business Leaders Initiative on Human Rights⁸. Quarante fonds d'investissement socialement responsables ont écrit au Conseil, indiquant que le cadre les aidait en préconisant une communication plus transparente sur l'impact des entreprises sur les droits de l'homme et des mesures appropriées pour atténuer ces effets⁹. La société pétrolière ExxonMobil, lors d'une cérémonie publique à l'occasion du soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, a indiqué que la responsabilité de respecter dont le cadre énonce le principe était un principe de référence pour son personnel¹⁰.

5. Une déclaration commune de la société civile au Conseil en mai 2008 a relevé l'intérêt du cadre et plusieurs signataires l'ont invoqué par la suite¹¹. Amnesty International a estimé que le cadre «pourrait contribuer de façon importante à la protection des droits de l'homme»¹². Le Représentant spécial a été heureux des réactions favorables d'organisations non gouvernementales (ONG) lors d'une consultation multilatérale organisée à New Delhi en février 2009, et d'une réunion d'information des ONG tenue à New York en mars 2009. Enfin, ses travaux ont été fréquemment cités dans les écrits universitaires et les médias.

6. Le présent rapport fait le point des dispositions prises par le Représentant spécial afin de rendre le cadre opérationnel, et évoque un certain nombre de questions apparues à ce propos au cours de ses consultations. Mais avant de poursuivre, le climat économique actuel très difficile et

⁵ Senate Official Hansard (n° 6 2008), 23 juin 2008, p. 3037-3038:
<http://www.aph.gov.au/HANSARD/senate/dailys/ds230608.pdf>.

⁶ «Corporate Social Responsibility in a Global Economy», Ministère norvégien des affaires étrangères, 23 janvier 2009.

⁷ <http://www.reports-and-materials.org/Letter-IOE-ICC-BIAC-re-Ruggie-report-May-2008.pdf>.

⁸ Voir <http://www.icmm.com/page/8331/icmm-welcomes-ruggie-report>; et <http://www.reports-and-materials.org/BLIHR-statement-Ruggie-report-2008.pdf>.

⁹ <http://www.reports-and-materials.org/SRI-letter-re-Ruggie-report-3-Jun-2008.pdf>.

¹⁰ Information parue en page «opinions» du *New York Times*:
http://www.exxonmobil.com/corporate/news_opeds_20081218_humanrights.aspx.

¹¹ A/HRC/8/NGO/5.

¹² <http://www.reports-and-materials.org/Amnesty-submission-to-Ruggie-Jul-2008.doc>.

ses conséquences possibles du point de vue des entreprises et des droits de l'homme appellent quelques brèves observations.

II. LA CRISE ÉCONOMIQUE

7. Dès son premier rapport à la Commission des droits de l'homme en 2006, et dans ses rapports ultérieurs, le Représentant spécial estimait que le décalage croissant entre la dimension et l'impact des forces et des acteurs économiques, et la capacité des sociétés à en gérer les contrecoups, n'est pas soutenable¹³. «Le marché ne fait pas de magie», commençait-il son rapport de 2007¹⁴. Le marché peut être un moyen très efficace d'allocation de ressources limitées, et constituer un vecteur puissant pour promouvoir des objectifs sociaux allant de la réduction de la pauvreté à l'état de droit. Mais pour fonctionner de manière optimale, les marchés doivent disposer d'un arrière-plan institutionnel adéquat et s'inscrire plus généralement parmi les valeurs communes de la société. Le Représentant spécial souligne depuis le début que ces lacunes de gouvernance «cré[en]t] les conditions qui permettent les comportements blâmables des entreprises, sans qu'il y ait de sanctions ou de réparations adéquates»¹⁵. Tels ont été ses axes de réflexion pour expliquer la situation en ce qui concerne les entreprises et les droits de l'homme. Nous savons maintenant que cela est valable pour l'économie politique mondiale dans sa globalité.

8. Les décideurs du monde entier se préoccupent à l'heure actuelle d'éteindre les foyers d'incendie du système financier mondial et d'en enrayer les conséquences pour l'économie réelle. D'après un rapport de la Banque asiatique de développement, le montant de la richesse perdue à l'échelle mondiale pourrait atteindre cette année 50 000 milliards de dollars des États-Unis, soit une année de PIB mondial¹⁶. Un rapport de la Banque mondiale prévoit que le PIB mondial déclinera en 2009 pour la première fois depuis la Deuxième Guerre mondiale, et que le commerce mondial subira sa plus forte baisse en huit décennies¹⁷. Même les pays qui se sont trouvés relativement isolés du choc financier initial, ce qui a été le cas de la plupart des pays en développement, en subissent durement les effets: atonie de la demande pour leurs exportations, effondrement des prix des produits de base, pénurie de financement du commerce, contraction sévère du crédit, réductions marquées des investissements étrangers directs, et forte décélération des envois de fonds de travailleurs expatriés. L'OIT estime que le nombre de

¹³ E/CN.4/2006/97, par. 18.

¹⁴ A/HRC/4/35, par. 1.

¹⁵ A/HRC/8/5, par. 3.

¹⁶ <http://www.adb.org/Media/Articles/2009/12818-global-financial-crisis/Major-Contagion-and-a-shocking-loss-of-wealth.pdf>.

¹⁷ <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/swimmingagainstthetide-march2009.pdf>.

chômeurs déclarés pourrait dépasser les 230 millions en 2009, contre 193 millions l'année précédente¹⁸.

9. Ceux qui sont déjà les plus vulnérables lorsque surviennent des ralentissements de grande ampleur – individus ou pays – sont souvent les plus durement touchés. Des efforts sont nécessaires sur le plan mondial et au niveau des pays pour limiter les dégâts et relancer l'économie. Les gouvernements doivent s'abstenir d'ériger des barrières protectionnistes ou d'appliquer des normes moins élevées aux entreprises en matière de droits de l'homme; ce qu'ils y gagneraient à court terme est illusoire et fragilise le redressement à plus long terme. S'agissant des entreprises, même les réductions d'effectifs et les fermetures de sites de production doivent être menées avec responsabilité, et rétablir la confiance du public dans les entreprises est un impératif aussi urgent que la réinvention de modèles économiques viables.

10. Quelles que soient les difficultés actuelles, les données du problème des entreprises et des droits de l'homme devront désormais être mieux pris en compte dans la définition des stratégies mondiales en matière de politique économique que cela n'a été le cas ces dernières décennies. Des gouvernements naguère encore partisans des doctrines économiques néolibérales ont été brusquement rappelés au fait qu'ils ont des obligations qu'aucun autre acteur social ne peut assumer à leur place, ce qui a entraîné un rééquilibrage des rôles entre le marché et l'État. Pour d'autres pays, la nécessité d'approfondir le marché national impliquera de se montrer plus attentif aux investissements sociaux et au système de protection sociale, ce qui permettra une réalisation plus complète de certains des droits économiques et sociaux de leurs citoyens. Les entreprises ont dû se rendre à l'évidence que le statu quo n'est satisfaisant pour personne, y compris pour elles-mêmes, et qu'elles doivent mieux intégrer les préoccupations sociétales dans leurs stratégies à long terme. La réparation des torts, quand tort il y a eu, est une revendication unanime de la société. Les idées de transparence et de responsabilité rencontrent bien plus d'écho que par le passé, et les appels à l'équité se font plus insistants. Parce que la question des entreprises et des droits de l'homme s'inscrit au cœur de ces changements, elle peut aider à réussir la transition vers un modèle plus intégrateur et durable de croissance économique, lui-même porteur de perspectives d'avenir.

11. Toute crise recèle des potentialités, dit-on parfois. Dans le contexte de sa réflexion sur la traduction opérationnelle du cadre «Protéger, respecter et réparer», le Représentant spécial entend mettre au jour les potentialités qui existent dans la sphère des entreprises et des droits de l'homme, et montrer comment saisir et exploiter ces chances.

III. L'OBLIGATION DE PROTÉGER INCOMBANT À L'ÉTAT

12. Le Conseil a prié le Représentant spécial de donner son avis et de formuler des recommandations sur les moyens de renforcer, y compris par la coopération internationale, le respect de l'obligation de protection incombant à l'État lorsque des entreprises portent atteinte aux droits de l'homme. La présente section résume le contenu de cette obligation et développe

¹⁸ http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---comm/documents/publication/wcms_103456.pdf.

plusieurs aspects des politiques publiques qui présentent un intérêt particulier du point de vue de la réalisation de cette obligation par les États¹⁹.

13. L'obligation de protection contre les atteintes commises par des tiers qui incombe à l'État a son origine dans le droit international des droits de l'homme. Les libellés précis employés dans les principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme varient, mais tous comportent deux séries d'obligations. D'une part, ces instruments obligent les États parties à s'abstenir de violer les droits pertinents des personnes se trouvant sur leur territoire ou sous leur juridiction. D'autre part, ils font obligation aux États de «garantir» (ou verbe équivalent), l'exercice par leurs détenteurs ou la réalisation de ces droits²⁰. Cela suppose donc la protection de l'État à l'égard des autres acteurs sociaux, y compris des entreprises, qui s'opposent à l'exercice de ces droits ou en privent leurs détenteurs. Les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme semblent considérer que l'obligation de protection incombant à l'État s'applique à tous les droits reconnus auxquels des acteurs privés sont susceptibles de porter atteinte, et à tous les types d'entreprises²¹.

14. L'obligation de protéger incombant à l'État est une norme de conduite, ce n'est pas une norme de résultat. Autrement dit, les États ne sont pas tenus responsables des actes proprement dits commis par des entreprises en violation des droits de l'homme, mais peuvent être réputés avoir manqué à leurs obligations lorsqu'ils ne prennent pas les dispositions voulues pour empêcher ces violations, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer²². Les États sont libres de s'acquitter de cette obligation comme ils l'entendent en

¹⁹ L'accès aux recours est abordé à la section IV.

²⁰ Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Convention relative aux droits de l'enfant emploient les mots «respecter et garantir» – «respecter» dans le contexte des États – ce qui signifie que l'État doit s'abstenir de violer les droits. La Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées demande aux États de «garantir et promouvoir», et de prendre toutes mesures appropriées pour «éliminer» des atteintes qui peuvent être le fait d'«entreprises» privées. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale dispose que chaque État doit «interdire la discrimination raciale pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations et y mettre fin». La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prescrit aux États de «prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque». Dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, les États parties s'engagent «à agir ... en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits», tandis que les dispositions du Pacte traitant de droits spécifiques, celles qui ont trait au travail par exemple, indiquent que les États «garantissent» ces droits.

²¹ Voir A/HRC/8/5/Add.1 pour un résumé des recherches du Représentant spécial concernant les instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et leur commentaire par les organes conventionnels.

²² Les actes d'entreprises peuvent être imputés directement aux États dans certains cas, par exemple lorsqu'un État exerce un contrôle très étroit, de sorte que l'entreprise n'en est que le simple agent.

fonction de ces paramètres. Les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme envisagent le plus souvent des mesures législatives, administratives et judiciaires. Les organes conventionnels ont pu recommander aux États des mesures telles que l'adoption d'une loi antidiscriminatoire applicable aux pratiques dans le domaine de l'emploi; la consultation des populations avant que des projets d'exploitation minière ou forestière soient approuvés; le suivi et la prise en compte de l'impact de tels projets sur les droits de l'homme; et l'incitation à l'établissement par les entreprises de codes de conduite où figurent les droits de l'homme.

15. La question de la dimension extraterritoriale de l'obligation de protéger n'a pas encore été définitivement tranchée par le droit international. Il ressort des indications actuelles des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que les États ne sont pas tenus de réglementer les activités extraterritoriales des sociétés constituées sous leur juridiction, et que cela ne leur est pas non plus interdit en règle générale pourvu qu'il existe une base juridictionnelle reconnue, et qu'un critère global de légitimité soit rempli. En tenant compte de ces paramètres, certains organes conventionnels invitent les États d'origine à faire le nécessaire afin d'empêcher les atteintes qui seraient commises à l'étranger par des sociétés relevant de leur juridiction²³.

16. Les États d'origine peuvent aussi avoir de très bonnes raisons, politiquement, pour inciter leurs entreprises à respecter les droits de l'homme à l'étranger, en particulier si un État est lui-même partie prenante dans l'entreprise – comme propriétaire, investisseur, assureur, acheteur ou simplement promoteur. Ce faisant, les États d'origine sortent de la position intenable qui consiste à être associé à d'éventuelles violations des droits de l'homme commises à l'étranger par des entreprises. Et cela peut être d'un grand secours aux États hôtes qui n'ont pas les capacités pour mettre pleinement en œuvre, d'eux-mêmes, un cadre réglementaire efficace.

17. Les États savent depuis longtemps quelles mesures ils sont censés prendre concernant les violations mettant en cause leurs agents. Par ailleurs, la plupart d'entre eux ont adopté des mesures et créé des institutions dans un certain nombre de domaines essentiels touchant les entreprises et les droits de l'homme, comme les normes du travail et l'interdiction de la discrimination au travail. Mais en dehors de cela, on constate beaucoup d'incohérences en la matière, sur le plan du droit comme dans les politiques, comme l'expliquait le Représentant spécial dans son rapport de 2008.

18. Il existe des incohérences «verticales» lorsque des gouvernements souscrivent à des obligations en matière de droits de l'homme, mais omettent ensuite d'adopter des politiques, des lois et des processus pour les mettre en œuvre. Les incohérences «horizontales» sont encore plus répandues: lorsque des administrations et des organismes chargés des questions d'ordre économique ou liées aux entreprises, et qui influent directement sur la pratique des affaires (notamment en matière de commerce, d'investissement, de crédit et d'assurance à l'exportation, de droit des sociétés et de réglementation des marchés boursiers) travaillent à l'écart des institutions nationales des droits de l'homme, et dans une large mesure sans avoir conscience de leurs obligations en matière de droits de l'homme.

²³ Voir par exemple CERD/C/USA/CO/6 (2008), par. 30; Observation générale n° 19 (2008) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par. 54.

19. L'incohérence dans les politiques au plan national est reproduite à l'échelon international. Il s'ensuit un message ambigu et contradictoire adressé aux entreprises par les gouvernements et les organisations internationales.

20. L'évolution actuelle sur le plan du droit et des politiques apporte des éléments de solution. Dans de précédents rapports, le Représentant spécial a relevé quatre évolutions juridiques importantes: l'harmonisation internationale croissante des normes concernant les délits internationaux qui s'appliquent aux sociétés en vertu du droit interne, qui résulte pour une large part de la convergence des normes applicables aux individus; l'apparition, en ce qui concerne les entreprises, d'un critère de complicité dans les atteintes aux droits de l'homme; la prise en compte par certains États de la «culture d'entreprise» pour décider de la responsabilité pénale ou des peines; et une augmentation des procès civils intentés contre des sociétés mères poursuivies pour leurs actes ou leurs omissions concernant des préjudices où leurs filiales étrangères sont mises en cause²⁴.

21. Dans le domaine des politiques, un nombre croissant d'États adoptent des politiques de responsabilité sociale des entreprises (RSE)²⁵. Ces politiques varient dans le contenu et dans la forme, mais favorisent dans l'ensemble des pratiques commerciales responsables, notamment en promouvant la compréhension et le respect des droits de l'homme par les entreprises. Dans certains cas, l'accès à des aides publiques comme le crédit à l'exportation ou l'assurance des investissements peut être lié à l'obligation pour les entreprises d'avoir une politique de RSE, d'adhérer au Pacte mondial, ou de déclarer avoir pris connaissance des Principes directeurs de l'OCDE.

22. Le Représentant spécial estime important que toutes les parties prenantes, y compris les gouvernements, soient mieux informés de ces nouveaux éléments et de la façon dont ils peuvent contribuer à des politiques plus cohérentes dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme. Il réalise donc une enquête auprès des États membres. Il est reconnaissant au Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme de l'aide qu'il lui apporte pour cette enquête, et engage tous les gouvernements à y répondre.

23. Le Représentant spécial s'intéresse aussi de près à plusieurs autres domaines étroitement liés à l'obligation de protéger incombant à l'État – droit des sociétés, accords d'investissement et de commerce, et coopération internationale, en particulier concernant les zones touchées par un conflit.

A. Le droit des sociétés

24. Le droit des sociétés oriente directement les actes des entreprises et leur façon d'agir. Pourtant, ses incidences pour les droits de l'homme sont encore mal comprises. On a considéré jusqu'à présent qu'il s'agissait de deux sphères distinctes du droit et des politiques, avec des communautés de pratique différentes. Ce point de vue commence à évoluer à mesure que les

²⁴ A/HRC/4/35, par. 19 à 32; A/HRC/8/5, par. 31 et 90; A/HRC/8/16.

²⁵ Bon nombre de pays de l'OCDE en ont adopté. Il en existe aussi des éléments au Brésil, en Chine, en Indonésie et dans d'autres pays.

gouvernements et les tribunaux font davantage entrer dans l'équation les considérations d'intérêt public. Quelques exemples illustrent cette tendance.

25. Une loi adoptée récemment au Danemark impose aux grandes entreprises de rendre compte de leur programme de RSE, ou du fait qu'elles en sont dépourvues²⁶. Au Royaume-Uni, la loi sur les sociétés, révisée il y a peu, impose aux dirigeants d'entreprises de «tenir compte» de questions telles que «l'impact des activités de la société sur la collectivité et sur l'environnement» au titre de leurs obligations envers l'entreprise²⁷. Le Gouvernement britannique a confirmé récemment que les mandataires de fonds de pension n'ont pas interdiction de tenir compte de considérations sociales, environnementales et éthiques dans leurs décisions d'investissement, à condition d'agir dans l'intérêt du fonds²⁸. En vertu de la récente loi sud-africaine sur les sociétés, le Gouvernement peut ordonner des comités sociaux ou éthiques pour certaines sociétés²⁹. Un projet de loi sur les sociétés, en Inde, contient une disposition imposant aux sociétés cotées au-delà d'une certaine taille d'avoir un «comité des relations avec les parties concernées» au niveau de leur conseil d'administration pour «examiner et régler les griefs des parties prenantes»³⁰.

26. Aux États-Unis, la législation fédérale impose aux sociétés cotées de disposer de programmes solides leur permettant d'évaluer et de gérer les risques substantiels et d'en rendre compte. Aucune loi ne concerne expressément les droits de l'homme, mais les risques substantiels englobent à l'évidence les problèmes de droits de l'homme: depuis le procès historique de l'affaire *Doe v. Unocal* en 1997, plus de 50 actions ont été intentées contre des entreprises en vertu de l'*Alien Tort Claims Act* pour leur rôle supposé dans des atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger. Une réputation mise à mal et des activités perturbées sont un facteur de risque supplémentaire.

27. Dans le souci de clarifier les choses sur ce qui est attendu actuellement des entreprises d'après le droit des sociétés concernant les droits de l'homme, le Représentant spécial est heureux d'annoncer que 19 cabinets juridiques de premier plan du monde entier ont accepté de contribuer à une étude sur les dispositions du droit des sociétés de plus de 40 pays³¹. Ces cabinets examineront comment la prise en considération des droits de l'homme par les entreprises et leurs dirigeants est abordée, directement ou indirectement, dans les lois et prescriptions concernant la constitution en société, les obligations des dirigeants, les obligations

²⁶ Loi modifiant la loi danoise sur la déclaration financière, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

²⁷ Art. 172 1) d) de la loi du Royaume-Uni sur les entreprises (2006), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007.

²⁸ Déclaration de M. McKenzie of Luton, Sous-Secrétaire d'État, Ministère du travail et des pensions, Parliamentary Hansard (26 novembre 2008).

²⁹ Art. 72 4), loi sud-africaine sur les entreprises de 2008.

³⁰ Art. 158 12) et 13), projet de loi indien de 2008 sur les entreprises.

³¹ <http://www.reports-and-materials.org/Corporate-law-firms-advise-Ruggie-23-Mar-2009.pdf>.

d'information, la participation des acteurs concernés, et la gouvernance d'entreprise en général. Ils feront aussi état de la manière dont les autorités réglementaires et les tribunaux appliquent ces lois et prescriptions, et de l'existence ou non de projets de réformes du droit ou des politiques. Les résultats seront publiés, et le Représentant spécial procédera ensuite à de larges consultations sur les recommandations qu'il pourrait formuler à l'intention des États.

B. Accords d'investissement et accords commerciaux

28. En dépit du ralentissement actuel, l'investissement et le commerce retrouveront leur rôle de moteur de la croissance économique, et une croissance durable reste la condition indispensable du développement économique et social. L'enjeu à court terme est d'éviter l'escalade du protectionnisme, qui a aggravé et prolongé la Grande Dépression, provoquant en définitive certaines des pires horreurs du XX^e siècle.

29. Tout au long de l'histoire, on a aussi souvent vu des États exproprier arbitrairement des investisseurs étrangers, ce qui, en d'autres temps, a déclenché parfois ce que l'on a appelé la «diplomatie de la canonnière». Le régime moderne d'investissement est fondé sur des accords et des contrats internationaux d'investissement, souvent couplés avec un arbitrage obligatoire entre investisseurs et État, tous dispositifs qui ont crû de manière exponentielle au cours des années 90.

30. L'expérience récente montre cependant que certaines garanties d'accords et dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri de lois ou de règles nouvelles, ou chercher à obtenir du gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier³².

31. Un projet d'accord type élaboré en Norvège et ses commentaires aborde les problèmes de cet ordre posés par les accords bilatéraux d'investissement. Les commentaires indiquent que ces accords posent un risque potentiel au propre système de règles et de protection très abouti mis au point par la Norvège, notamment concernant les politiques environnementales et sociales. Il souligne également la vulnérabilité des pays en développement à des accords «qui entravent la liberté d'action politique et l'exercice de l'autorité...»³³. Le projet d'accord type vise à «faire en sorte que le droit légitime de l'État de réglementer l'action des investisseurs ne soit pas limité par un accord d'investissement. Le droit de réglementer doit cependant être mis en balance avec le souhait des investisseurs concernant la prévisibilité, les garanties légales, les critères minimum applicables aux actes de l'État et la possibilité d'être indemnisé en cas d'expropriation»³⁴.

³² L'affaire *Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa* (ICSID Case n° ARB(AF)/07/1) a eu un retentissement international car elle mettait en jeu les lois d'Afrique du Sud sur l'émancipation économique des Noirs.

³³ «Comments on the Model for Future Investment Agreements» (traduction en anglais), 19 décembre 2007 (copie auprès du Représentant spécial), p. 11.

³⁴ *Ibid.*, p. 27.

32. Les investisseurs cherchent souvent à améliorer la protection découlant des accords bilatéraux d'investissement au moyen de clauses de «stabilisation» inscrites dans des contrats secrets avec les pays hôtes, dénommés «accords de pays hôte». Le Représentant spécial, en collaboration avec la Société financière internationale, a analysé les clauses de stabilisation figurant dans près de 90 accords de pays hôtes récents³⁵. Il a principalement constaté ce qui suit: aucun des accords de pays hôtes avec des pays de l'OCDE n'exonère les investisseurs de l'application de nouvelles lois et, à quelques exceptions près, les clauses de stabilisation sont adaptées afin de préserver les considérations d'intérêt public; la plupart des accords de pays hôte conclus avec des pays non membres de l'OCDE contenaient eux des clauses exonérant les investisseurs du respect de nouvelles lois environnementales et sociales ou assuraient une contrepartie s'ils se pliaient à ces lois; les clauses de stabilisation les plus favorables ont été constatées en Afrique subsaharienne, où 7 des 11 accords de pays hôtes prévoyaient expressément des exemptions de l'application de toute nouvelle loi pour la durée du projet ou l'octroi d'une contrepartie, quelle que soit la portée de la loi du point de vue de la protection des droits de l'homme ou de tout autre intérêt public.

33. Cette étude a été débattue avec des experts à Londres, Johannesburg et Marrakech. Des spécialistes chevronnés du droit des projets de grands cabinets internationaux se sont déclarés surpris d'apprendre que certains de leurs confrères utilisaient encore des clauses de stabilisation parmi les pires et que des gouvernements étaient disposés à y souscrire, tandis que plusieurs négociateurs de pays en développement n'étaient pas au courant des autres possibilités qui existent.

34. De façon variable selon les règles incorporées dans l'accord, lorsqu'un investisseur soumet à l'arbitrage international obligatoire un contentieux relatif à un accord bilatéral d'investissement ou un accord de pays hôte, rien ou pratiquement rien de l'affaire ne peut être rendu public, ce qui contredit les principes de transparence et de bonne gouvernance. Si l'information économique confidentielle doit être protégée, certaines règles font que le public ignore jusqu'à l'existence d'une affaire engagée contre un pays, à plus forte raison son contenu. Cela empêche des pratiques contractuelles plus responsables de la part des entreprises et des gouvernements, et contribue à l'incohérence des décisions arbitrales, ce qui compromet la prévisibilité et la légitimité du système.

35. Le Représentant spécial a donc été heureux que la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), l'une des sources des règles d'arbitrage, sollicite son avis à sa quarante et unième session en 2008. Il estime encourageantes la conclusion de la Commission selon laquelle la transparence est un objectif souhaitable pour l'arbitrage entre investisseurs et États, et sa décision d'examiner cette question en priorité³⁶.

36. Pour une prochaine étape, le Représentant spécial étudie la possibilité de mettre au point des orientations sur les «pratiques contractuelles responsables» pour les accords de pays hôtes en ce qui concerne les droits de l'homme. À l'instar des commentaires norvégiens mentionnés plus

³⁵ Voir «Stabilization Clauses and Human Rights», http://www.ifc.org/ifcext/sustainability.nsf/Content/Publications_LessonsLearned.

³⁶ A/63/17.

haut concernant les accords bilatéraux d'investissement, ces orientations devront satisfaire deux objectifs de même importance: protéger la capacité de l'État hôte à respecter ses obligations, notamment celles découlant du droit international des droits de l'homme, et donner confiance aux investisseurs dans le fait que l'État hôte n'agira pas de façon discriminatoire, arbitraire ou déloyale.

37. Le Représentant spécial n'a pas encore entrepris de projet équivalent sur le commerce, mais il continue de consulter des spécialistes au sujet des incidences du régime commercial sur l'obligation de protéger incombant à l'État³⁷.

C. La coopération internationale

38. Le Conseil des droits de l'homme a demandé au Représentant spécial d'établir des recommandations au sujet de la «coopération internationale» liée à l'obligation de protéger incombant aux États. Dans le contexte des entreprises et des droits de l'homme, le Représentant spécial croit comprendre qu'on entend par cette expression une collaboration entre les États qui travaillent de concert en s'informant, en renforçant les capacités et en résolvant conjointement les problèmes. Plusieurs facteurs limitent actuellement les possibilités de succès en la matière.

39. En premier lieu, les États n'utilisent pas les enceintes existantes aussi efficacement qu'ils le pourraient pour renforcer l'apprentissage mutuel concernant l'obligation de protéger incombant aux États dans le contexte économique. Ces enceintes sont notamment les organes conventionnels, le mécanisme d'Examen périodique universel du Conseil des droits de l'homme, les points de contact nationaux pour les Principes directeurs de l'OCDE, et les mécanismes régionaux des droits de l'homme. Aucun dialogue intergouvernemental sérieux ne semble exister sur ces questions au sein des institutions commerciales et financières internationales, exception faite de la SFI et de l'OCDE, grâce en partie au rôle d'acteur du secteur privé.

40. Le Représentant spécial poursuit son effort d'information auprès des mécanismes des droits de l'homme de l'ONU et au-delà; il s'est adressé jusqu'à présent à des organes conventionnels et des titulaires de mandat au titre de procédures spéciales, à des instances régionales des droits de l'homme, à des commissions nationales des droits de l'homme, à la Banque mondiale, à la CNUDCI, à l'OCDE, à la Commission et au Parlement européens, et à des gouvernements nationaux. Il est tout disposé à rencontrer des acteurs supplémentaires.

41. Outre le dialogue et l'amélioration des connaissances, le renforcement des capacités est une autre question pour les États. Mais la question des entreprises et des droits de l'homme ne figure pas parmi les priorités des programmes de renforcement des capacités de la plupart des institutions internationales et bilatérales. L'OIT est une exception notable concernant les droits du travail, et certains organismes de développement bilatéraux soutiennent des programmes de RSE dans les pays en développement. Ce n'est que depuis cette année que le HCDH commence à envisager la possibilité d'intégrer les entreprises et les droits de l'homme dans ses activités de renforcement des capacités au niveau national, mais il ne s'agit pas encore d'une priorité.

³⁷ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, par exemple, s'est déclaré préoccupé par les conséquences préjudiciables que les accords commerciaux pourraient avoir pour les obligations découlant du Pacte (C.12/CRI/CO/4/CRP.1, par. 42).

42. Ce manque de soutien a des conséquences néfastes, comme on l'a vu dans l'exemple précédent où des négociateurs de pays en développement pour les questions d'investissement signaient des contrats qui compromettent le respect de l'obligation de protéger par leur État, ce qui s'explique, au moins en partie, par des lacunes de capacité qui touchent également d'autres domaines de l'action publique.

43. Enfin, la coopération internationale suppose la résolution de problèmes en commun par les États. Nulle part ce besoin n'est aussi criant que dans les situations de conflit. On ne peut pas s'attendre que l'actuel régime international des droits de l'homme fonctionne comme prévu lorsque des sociétés sont déchirées par la guerre civile ou d'autres troubles graves. Il n'est donc pas surprenant que les pires atteintes aux droits de l'homme liées à des entreprises se produisent le plus souvent dans des situations de conflit. Le Représentant spécial a constaté que toutes les parties prenantes souhaitaient être mieux guidées sur les moyens d'empêcher la commission de telles atteintes dans les zones de conflit. Il étudie donc la possibilité de coopérer avec un groupe informel de pays d'origine et de pays hôtes pour produire des idées sur les stratégies et les outils efficaces que les États pourraient utiliser à cette fin.

D. En résumé

44. Les gouvernements sont l'entité la mieux placée pour prendre les décisions délicates indispensables afin de concilier les différents besoins émanant de la société. Or, comme le Représentant spécial le relevait dans son rapport de 2008, la plupart des gouvernements ont une conception relativement étroite du traitement de la question des entreprises et des droits de l'homme. Les préoccupations liées aux droits de l'homme sont faiblement intégrées dans d'autres domaines de l'action publique qui orientent directement les pratiques économiques. L'un des principaux objectifs du nouveau mandat du Représentant spécial est donc d'aider les gouvernements à reconnaître ces interdépendances et à sortir des limites étroites où la question des entreprises et des droits de l'homme est tenue actuellement.

IV. LA RESPONSABILITÉ QUI INCOMBE AUX ENTREPRISES DE RESPECTER LES DROITS DE L'HOMME

45. Au paragraphe 4 b) de la résolution 8/7, le Conseil des droits de l'homme a prié le Représentant spécial de «[p]réciser davantage la portée et le contenu de la responsabilité des entreprises de respecter tous les droits de l'homme, et de fournir des orientations concrètes aux entreprises et aux autres parties prenantes». La présente section fait le point sur la responsabilité de respecter et apporte un certain nombre de précisions sur cette question.

46. Les entreprises savent qu'elles doivent se conformer à toutes les lois applicables afin d'obtenir et de conserver l'autorisation d'exercer leur activité. Mais les entreprises ont fini par s'apercevoir que le simple fait d'être en règle avec la loi ne leur valait pas quitus de la société, en particulier lorsque le droit est faible. Cet agrément social est fonction de normes sociales préexistantes qui peuvent être autant d'importance pour le succès d'une entreprise que les normes juridiques. Les normes sociales varient certes selon les régions et les secteurs d'activité, mais l'une d'entre elles est reconnue désormais presque unanimement par l'ensemble des acteurs: la responsabilité de respecter les droits de l'homme, ou plus simplement, de ne pas léser les droits d'autrui, qui s'impose aux entreprises.

47. Cette reconnaissance quasi-unanime signifie deux choses. D'une part, que la responsabilité de respecter les droits de l'homme pour les entreprises est reconnue par presque toutes les initiatives RSE émanant d'entreprises ou de secteurs d'activité, approuvée par les plus importantes associations professionnelles au monde, affirmée dans le Pacte mondial et ses réseaux nationaux dans le monde entier, et consacrée dans des instruments de droit directif comme la Déclaration tripartite de l'OIT et les Principes directeurs de l'OCDE. D'autre part, que des violations de cette norme sociale sont régulièrement portées à l'attention du public partout dans le monde par l'intermédiaire de populations locales mobilisées, de réseaux de la société civile, des médias y compris les blogs ou de procédures de plainte comme les PCN de l'OCDE, et éventuellement par le biais des tribunaux lorsque la loi est présumée avoir été violée. Ce régime normatif transnational ne touche pas seulement les multinationales occidentales, qui en connaissent depuis longtemps les effets, mais aussi des entreprises de pays émergents présentes à l'étranger, ainsi que de grandes entreprises nationales³⁸.

48. Étant une norme sociale reconnue et institutionnalisée, la responsabilité de respecter les droits de l'homme incombant aux entreprises existe indépendamment des obligations auxquelles sont tenus les États et des différences législatives qui peuvent exister d'un pays à l'autre. Certaines situations supposent des responsabilités supplémentaires pour les entreprises. Mais la responsabilité de respecter les droits de l'homme est le minimum qui s'applique à toutes les entreprises dans toutes les situations.

49. D'un côté, les entreprises peuvent dire qu'elles respectent les droits de l'homme. Mais d'un autre côté, en interrogeant des entreprises sur l'existence d'un système qu'elles auraient mis en place leur permettant d'étayer cette affirmation avec plus ou moins de certitude, le Représentant spécial a constaté que relativement peu d'entre elles l'avaient fait. Ce qu'il faut, c'est un processus continu de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, par lequel les entreprises prennent conscience des conséquences néfastes pour les droits de l'homme et préviennent et atténuent celles-ci. Les quatre éléments centraux de la diligence raisonnable appliquée aux droits de l'homme ont été présentés dans le rapport de 2008 du Représentant spécial: avoir une politique des droits de l'homme, évaluer l'impact sur les droits de l'homme des activités des entreprises, intégrer ces valeurs et observations dans les cultures d'entreprise et les systèmes de gestion, et exercer un suivi et rendre des comptes³⁹.

50. Quelle portée donner au processus de diligence raisonnable d'une entreprise en matière de droits de l'homme, et quel est l'ensemble de facteurs à prendre en considération? Trois facteurs sont essentiels. Le premier est le pays et le contexte local où l'entreprise exerce son activité. Peuvent entrer ici en ligne de compte les engagements et les pratiques du pays dans le domaine des droits de l'homme, les capacités institutionnelles du secteur public, l'existence de tensions ethniques, les schémas de migration, la rareté de ressources essentielles comme l'eau, et ainsi de suite. Le deuxième facteur concerne l'impact que les propres activités de l'entreprise peuvent

³⁸ Le site Web du Business and Human Rights Resource Centre, qui publie les allégations liées aux droits de l'homme concernant des entreprises dans plus de 180 pays, et enregistre plus de 1,5 million de consultations par mois, constitue un bon indicateur. <http://www.business-humanrights.org/>.

³⁹ A/HRC/8/5, par. 56 à 64.

avoir dans ce contexte, comme producteur, prestataire de services, employeur et acteur local, et la capacité de l'entreprise à comprendre que sa présence va inévitablement beaucoup modifier la donne préexistante. Le troisième facteur est de vérifier si l'entreprise risque de contribuer à des violations des droits de l'homme du fait des relations associées à ses activités, par exemple les relations qu'elle entretient avec des partenaires commerciaux, des agents de la chaîne de valeur, d'autres acteurs non étatiques ou des agents de l'État, notamment.

51. Les entreprises ne maîtrisent pas certains de ces facteurs, mais ce n'est pas une raison pour en faire abstraction. Elles utilisent régulièrement la diligence raisonnable pour apprécier leur exposition à des risques échappant à leur contrôle et élaborer des stratégies d'atténuation de ces risques, par exemple les modifications des politiques publiques, l'évolution des préférences des consommateurs, et jusqu'aux tendances météorologiques. Maîtrisables ou non, les problèmes de droits de l'homme qui surviennent dans le contexte de l'activité économique, de son impact et des relations qu'elle comporte peuvent poser des risques considérables pour l'entreprise et ses acteurs, et être à l'origine de violations patentées des droits de l'homme auxquelles l'entreprise peut être associée à tort ou à raison. Ces risques méritent donc le même degré de diligence raisonnable que tout autre risque.

52. Enfin, les entreprises ont besoin de savoir ce que recouvre concrètement le processus de diligence raisonnable, c'est-à-dire quels droits. La réponse est simple: en principe, tous les droits de l'homme reconnus à l'échelle internationale. Fixer une liste définitive des droits que les entreprises doivent respecter serait une gageure car les entreprises peuvent avoir un impact sur l'ensemble des droits de l'homme, comme le Représentant spécial l'a montré dans son analyse de près de 400 plaintes publiques concernant des entreprises⁴⁰. La responsabilité de respecter doit donc s'appliquer à l'ensemble des droits, même si en pratique, certains peuvent être plus pertinents que d'autres selon le contexte⁴¹.

53. Pour ce qui est du contenu fondamental de la diligence raisonnable, les entreprises devraient au minimum se référer à la Charte internationale des droits de l'homme – la Déclaration universelle et les deux Pactes internationaux – ainsi qu'à la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail. Il y a deux raisons à cela. D'une part, les principes consacrés par ces instruments sont les plus universellement reconnus par la communauté internationale. D'autre part, c'est principalement à leur aune que les autres acteurs sociaux jugent de l'impact des entreprises sur les droits de l'homme.

54. Les entreprises peuvent être amenées à envisager des normes supplémentaires selon les situations. Dans les zones de conflit, par exemple, elles devraient tenir compte du droit international humanitaire et des politiques humanitaires; et dans les projets qui touchent des

⁴⁰ Voir A/HRC/8/5/Add.2 et E/CN.4/2006/97, par. 24 à 30.

⁴¹ Pour l'exercice de leurs responsabilités fondamentales en matière de droits de l'homme, les entreprises peuvent s'aider d'initiatives axées sur la collaboration qui portent sur des aspects spécifiques des droits pertinents dans le contexte de leur activité, comme les Principes volontaires relatifs à la sécurité et aux droits de l'homme et l'Association pour le travail équitable.

incidences pour les populations autochtones, les normes spécifiquement applicables à ces populations seront pertinentes.

55. Le Représentant spécial envisage des consultations afin de poursuivre la traduction opérationnelle de la responsabilité des entreprises en matière de respect des droits de l'homme et des prescriptions connexes de diligence raisonnable. Il poursuivra également son travail de clarification conceptuelle au sujet de deux séries de problèmes apparus lors des discussions avec les parties prenantes, dont il rend compte brièvement ci-après.

A. Responsabilité en matière de respect des droits de l'homme

56. Un certain nombre de problèmes et de dilemmes ont été soulevés concernant cette notion.

Démystifier les droits de l'homme

57. L'un de ces problèmes concerne les difficultés conceptuelles que même les entreprises résolues à internaliser les droits de l'homme rencontrent pour maîtriser le sujet. La difficulté tient en partie au fait que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont été écrits par les États, pour les États. Leur signification pour les entreprises n'a pas toujours été comprise clairement par les spécialistes des droits de l'homme, et encore moins par les ingénieurs, les responsables de la sécurité, et les responsables de la chaîne d'approvisionnement des entreprises qui doivent gérer sur le terrain la responsabilité de l'entreprise en matière de droits de l'homme. Mais des progrès considérables ont été accomplis ces derniers temps. En particulier, une publication du HCDH, «Human Rights Translated», parvient, comme son intitulé l'indique, à traduire des textes centrés sur les États en un langage et des exemples qui aient un sens dans le contexte de l'entreprise⁴². Dans le même ordre d'idées, Business Leaders Initiative on Human Rights a élaboré une matrice mettant en correspondance les éléments de la Charte internationale des droits de l'homme avec diverses fonctions économiques, rendant cet instrument plus accessible au personnel des entreprises⁴³. Le Représentant spécial continuera de s'entretenir avec les concepteurs et les utilisateurs de tels outils, afin de parvenir à plus de clarté et de cohérence, tout en veillant à l'intégrité des normes relatives aux droits de l'homme sous-jacentes.

58. La confusion est venue du fait que la première génération d'efforts de sensibilisation sur les entreprises et les droits de l'homme, dont le point culminant a été le projet de Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises⁴⁴, a amalgamé les responsabilités respectives des États et des entreprises à un point tel que toute distinction entre les deux devenait difficile voire impossible. Sans surprise, cette approche a été rejetée aussi bien par les gouvernements que par les entreprises. De ce point

⁴² Projet conjoint du Centre Castan pour le droit des droits de l'homme/Monash University, de International Business Leaders Forum, du HCDH, et du Bureau du Pacte mondial; http://www2.ohchr.org/english/issues/globalization/business/docs/Human_Rights_Translated_web.pdf.

⁴³ <http://blihr.org/>.

⁴⁴ E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2.

de vue aussi, les progrès sont significatifs: le cadre «Protéger, respecter et réparer» offre désormais un cadre commun de responsabilités différenciées mais complémentaires à partir duquel il est possible d'aller de l'avant.

Des actes positifs

59. Certaines parties prenantes ont posé la question de savoir si la responsabilité de respecter pouvait être assimilée à une «obligation négative». La réponse devrait être claire d'après ce qui précède: la responsabilité de respecter commande aux entreprises d'exercer une diligence raisonnable au sujet des droits de l'homme afin de se rendre compte d'éventuelles conséquences néfastes pour les droits de l'homme, d'empêcher celles-ci et d'y remédier. En outre, afin que les entreprises soient certaines de ne pas léser les droits d'autrui, il faut des mécanismes au niveau opérationnel auxquels les individus et les groupes concernés puissent adresser leurs griefs concernant les incidences de l'activité des entreprises; les entreprises peuvent être amenées à instituer ce type de mécanisme lorsqu'il n'en existe pas. Il s'agit là par définition d'actes positifs.

60. Les mécanismes de diligence raisonnable et de réclamation pourront varier dans le détail en fonction des situations particulières, et le Représentant spécial poursuivra son analyse à cet égard. Mais les principes fondamentaux doivent être observés indépendamment des particularités de chaque cas.

Au-delà de la responsabilité de respecter?

61. Outre le respect des lois, respecter les droits de l'homme est la responsabilité fondamentale de toutes les entreprises dans toutes les situations. Mais certaines parties prenantes estiment qu'il faudrait exiger d'elles davantage, tandis que bon nombre d'entreprises affirment en faire déjà plus.

62. Bien évidemment, les entreprises peuvent contracter des engagements supplémentaires de leur propre initiative ou par motivation philanthropique. En outre, certaines ont développé de nouveaux débouchés en proposant des biens et des services mieux adaptés aux besoins essentiels, en s'appuyant sur des stratégies par le «bas de la pyramide» et d'autres types de modèles économiques intégrateurs. Ces efforts sont louables et peuvent contribuer à la jouissance des droits de l'homme. Mais ce que l'on peut souhaiter de la part des entreprises ne doit pas être confondu avec ce qui s'impose à elles. De telles activités, pour souhaitables qu'elles soient, n'atténuent pas un manquement à ce qui est obligatoire pour une entreprise: de respecter les droits de l'homme dans l'ensemble de ses activités et relations.

63. Les conditions de l'activité peuvent imposer des exigences supplémentaires aux entreprises, par exemple la nécessité de protéger le personnel dans les zones en conflit, ou de le protéger contre la violence sur le lieu de travail. Mais on considérera cela plus justement comme modalité spécifique de la responsabilité de respecter que comme une responsabilité véritablement distincte.

64. Il peut y avoir davantage qu'une obligation de respect lorsque des entreprises accomplissent certaines fonctions d'intérêt public. Par exemple, les droits des détenus ne diminuent pas lorsque les prisons sont privatisées. Des responsabilités supplémentaires peuvent apparaître ici en raison des missions particulières assumées par l'entreprise. Il reste cependant

à savoir au juste en quoi consiste cet ensemble de responsabilités et comment celui-ci s'articule avec l'obligation permanente qu'a l'État de veiller à ce que les droits considérés ne soient pas amoindris.

65. Au-delà de ces situations, la perspective est encore moins nette. Plusieurs facteurs supplémentaires ont été proposés pour attribuer des responsabilités accrues aux entreprises, parmi lesquelles le pouvoir, l'influence, le statut et l'idée selon laquelle une entreprise est une «institution sociale». Si certaines obligations morales peuvent découler de tels facteurs pour toute personne ou entité, y compris des entreprises, ils constituent une base très problématique pour assigner des responsabilités aux entreprises au-delà de celle de respecter tous les droits, à tout moment, pour des raisons que le Représentant spécial a exposées dans des rapports précédents⁴⁵.

Les normes internationales et le droit national

66. L'un des dilemmes les plus sérieux pour les entreprises se produit dans le cas où le droit national est nettement en contradiction avec les normes internationales des droits de l'homme et n'offre pas le même niveau de protection que celles-ci. Les autorités nationales peuvent exiger le respect de la loi, et d'autres acteurs le respect des normes internationales – position qui peut d'ailleurs être celle de l'entreprise elle-même, pour des raisons de principe ou simplement de cohésion de ses politiques.

67. Lorsque le pays est visé par des sanctions de l'ONU, ou lorsque la possibilité existe qu'une entreprise devienne complice de crimes internationaux commis par des tiers, le processus de diligence raisonnable de l'entreprise devrait l'en avertir, voire fonctionner comme un signal d'alarme. Mais la plupart des cas ne relèvent pas de ces catégories, ce qui place les entreprises dans une position bancale, à moins qu'elles ne trouvent le moyen d'honorer l'esprit des normes internationales sans enfreindre le droit national.

68. C'est un dilemme qui se pose souvent aux entreprises en matière de liberté d'association. Certaines encouragent les travailleurs à créer leurs propres instances de représentation au sein de l'entreprise et leur permettent d'élire des représentants. Des efforts sont également faits pour l'éducation dans le domaine des droits du travail et pour former les cadres locaux à savoir répondre de façon constructive aux doléances des travailleurs. Les entreprises ont rencontré des dilemmes analogues concernant l'égalité entre les sexes et, plus récemment, la liberté d'expression et le droit à la vie privée dans les secteurs de l'Internet et des télécommunications, où une initiative, la Global Network Initiative, a été formée récemment pour que les entreprises puissent mieux se guider⁴⁶.

69. En résumé, si le consensus a beaucoup progressé sur bon nombre de questions liées à la responsabilité de respecter les droits de l'homme incombant aux entreprises par rapport à il y a seulement une année ou deux, d'autres points nécessitent des précisions supplémentaires et feront l'objet de consultations.

⁴⁵ Voir E/CN.4/2006/97, par. 66 à 68, et A/HRC/8/5, par. 65 à 72.

⁴⁶ <http://www.globalnetworkinitiative.org/>

B. Diligence raisonnable

70. Les entretiens avec les parties prenantes ont fait ressortir plusieurs questions concernant la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme; quatre seront abordées ici.

Durée de vie d'un projet

71. Une définition courante de la diligence raisonnable est la suivante: «diligence que l'on peut raisonnablement attendre d'une personne qui cherche à satisfaire une prescription juridique ou à s'acquitter d'une obligation, et que cette personne exerce habituellement»⁴⁷. Certains ont interprété cette définition dans le sens strict d'une transaction, à savoir ce que font un investisseur ou un acheteur pour évaluer un actif ou une affaire où ils cherchent à s'engager. Le Représentant spécial emploie l'expression dans le sens plus large d'un effort systématique pour déterminer les risques, réels et potentiels, pour les droits de l'homme, sur toute la durée de vie d'un projet ou d'une activité économique, dans le but de prévenir ces risques et de les atténuer.

Type et dimension de l'entreprise

72. Les principes de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et ses éléments fondamentaux doivent être internalisés par toutes les entreprises, quelle que soit leur nature ou leur dimension. Mais les activités concrètes que les entreprises doivent accomplir pour s'acquitter de la diligence raisonnable sont très variables et cet aspect n'est pas encore parfaitement compris.

73. Par exemple, la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme à laquelle est tenue une banque qui accorde un prêt pour un projet diffère à certains égards de celle qui incombe à l'entreprise gérant le projet. Les obligations de diligence raisonnable s'appliquent bien aussi aux banques dans ce contexte, et les risques que les projets comportent pour les droits de l'homme sont aussi un risque auquel la banque s'expose elle-même du point de vue de sa responsabilité, de son retour sur investissement et de sa réputation. Au-delà des banques, on trouve une trame encore plus complexe constituée par les autres bailleurs de fonds, investisseurs et gestionnaires d'actifs. Les différences dans la diligence raisonnable applicable à ces acteurs restent à clarifier.

74. Les petites et moyennes entreprises doivent elles aussi tenir compte de leur impact sur les droits de l'homme. Mais leur situation n'est guère comparable à celle des grandes sociétés transnationales pour ce qui est de la portée et de la complexité de la diligence raisonnable.

75. Les chaînes d'approvisionnement présentent leur propre lot de difficultés. On oublie souvent que les fournisseurs sont aussi des entreprises, et qu'ils sont tenus de respecter les droits de l'homme comme toute entreprise. Le problème pour les acheteurs est de s'assurer qu'ils ne se rendent pas complices de violations commises par leurs fournisseurs. C'est en menant un processus de diligence raisonnable en bonne et due forme pour évaluer la situation dans le pays et le secteur ainsi que les partenaires commerciaux potentiels et leurs pratiques de sous-traitance que l'on peut déterminer jusqu'à quel niveau de la chaîne d'approvisionnement s'étend la

⁴⁷ *Black's Law Dictionary*, 8^e éd. (2006).

responsabilité de l'acheteur. Un nombre croissant d'acheteurs mondiaux estiment nécessaire de renforcer les capacités de leurs fournisseurs dans le domaine des droits de l'homme afin de pérenniser leurs relations avec eux.

76. Le Représentant spécial continuera d'examiner comment la diligence raisonnable peut légitimement s'appliquer de façon différenciée à des entreprises de type et de dimensions différents, à partir d'un ensemble de principes applicable à toutes les entreprises.

Un processus distinct?

77. Le débat se poursuit sur la meilleure façon d'intégrer les politiques de droits de l'homme à tous les niveaux de l'entreprise. D'aucuns pensent que les droits de l'homme doivent être intégrés dans les processus de diligence raisonnable existants, d'autres estimant qu'ils doivent faire l'objet d'un processus distinct.

78. Des processus distincts présentent l'avantage que les questions peuvent être traitées avec toute l'attention et tout le professionnalisme voulus. Mais ils peuvent avoir l'inconvénient d'être déconnectés du reste de l'entreprise. À l'inverse, intégrer les droits de l'homme dans les processus de diligence raisonnable existants peut conférer le même degré d'importance aux droits de l'homme qu'à d'autres questions clés dans l'évaluation des projets envisagés, mais aussi du même coup banaliser quelque peu la question.

79. Il est peu probable que l'on trouve un modèle unique adapté à toutes les situations, mais deux principes semblent essentiels. Premièrement, les entreprises doivent reconnaître que les droits de l'homme ne sont pas une question comme une autre, mais nécessitent un engagement important avec les parties concernées, au sein de l'entreprise et au-delà. Deuxièmement, les services chargés de contrôler le respect de la politique d'une entreprise en matière de droits de l'homme doivent disposer d'une ligne d'accès direct à la direction de l'entreprise. Le Représentant spécial continuera d'affiner le cadre théorique de cette question en s'appuyant sur son observation de la pratique des entreprises.

Responsabilité

80. Une autre question qui a été soulevée, notamment par des responsables de services juridiques au sein de grandes entreprises, est celle de savoir si en suivant ces prescriptions de diligence raisonnable pour les droits de l'homme, une entreprise ne risquait pas d'aggraver sa responsabilité éventuelle en mettant à la disposition de tiers des renseignements qu'ils n'auraient pas eu autrement à utiliser contre elle.

81. Ce point de vue semble plus répandu aux États-Unis qu'ailleurs, peut-être en raison d'une tradition du conflit plus marquée. Mais l'argument ne va pas de soi, même dans le cas des États-Unis. D'après toute une série de règles de gouvernance d'entreprise, les entreprises doivent évaluer, gérer et divulguer les risques importants – et s'assurer que leurs systèmes prévus à cet effet sont efficaces – pour éviter que leur responsabilité soit mise en cause. Comme nous l'avons vu, la mise en cause dans des violations des droits de l'homme peut constituer un risque important. En outre, ne pas savoir est en soi un risque, et c'est une ligne de défense incertaine. Au-delà des aspects juridiques, c'est la valeur que l'on porte à sa réputation et le coût d'une activité perturbée qui sont en jeu. Un cabinet juridique de premier plan de Wall Street a ainsi

estimé sur la base de simples motifs prudentiels que le processus de diligence raisonnable décrit par le Représentant spécial «invite à la plus grande rigueur dans l'évaluation des risques ... les entreprises y ont tout intérêt dans le contexte actuel de grande transparence où elles sont particulièrement exposées»⁴⁸.

82. Deux scénarios se présentent où la responsabilité légale pourrait résulter de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, mais le facteur décisif dans les deux cas est de savoir comment l'entreprise réagit à de nouvelles informations. Dans le premier cas, l'entreprise est mise au courant de possibles violations des droits de l'homme dont elle pourrait être l'auteur ou l'accessoire; elle ne fait rien pour y remédier, des violations se produisent, et on finit par apprendre que l'entreprise avait été informée. Dans le deuxième cas, l'entreprise donne publiquement une version erronée de ce qu'elle a observé dans le cadre de la diligence raisonnable et cela finit par se savoir. Mais l'intérêt de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est de s'informer de risques que l'entreprise est censée ensuite s'employer à atténuer, et non de passer sous silence les faits constatés ou de les déformer.

83. D'aucuns soutiennent que, plus il y a d'informations dans le domaine public au sujet de l'impact possible d'une entreprise sur les droits de l'homme, plus le risque de procédures légales ou de campagnes publiques malveillantes est accru. Mais si elle est réalisée correctement, la diligence raisonnable sur les droits de l'homme doit précisément permettre d'atténuer les risques et d'engager un dialogue véritable avec les parties prenantes, de sorte que les actions mal intentionnées ne trouveront guère d'écho au-delà du cercle de leurs instigateurs. De plus, comme le montre l'expérience récente, d'autres acteurs sociaux sont parfaitement capables de reconnaître qu'une entreprise critiquée s'est employée de bonne foi à ne pas commettre des atteintes aux droits de l'homme et de le dire publiquement; et la transparence dont une entreprise fait preuve pour reconnaître des problèmes qui lui ont échappés peut jouer en sa faveur⁴⁹.

84. Les travaux en cours du Rapporteur spécial, notamment le projet sur le droit des sociétés, devraient apporter un éclairage supplémentaire sur cette question, et sur ce que les États peuvent changer à leurs politiques pour inciter les entreprises à exercer la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

C. En résumé

85. Pour s'acquitter de la responsabilité de respecter les droits de l'homme, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable, en prenant conscience de l'impact préjudiciable que leurs activités et leurs relations économiques peuvent avoir sur les droits de l'homme, et

⁴⁸ Mémoire adressé par Weil, Gotshal and Manges LLP, <http://www.reports-and-materials.org/Weil-Gotshal-legal-commentary-on-Ruggie-report-22-May-2008.pdf>, p. 5.

⁴⁹ La réaction qui a suivi la publication d'informations dans la presse en 2007 au sujet de l'emploi d'enfants dans l'usine d'un fournisseur de GAP illustre bien ce propos. Les ONG se sont montrées nuancées dans leurs réactions, et Mary Robinson, ancienne Haut-Commissaire aux droits de l'homme, notant l'esprit de transparence dont GAP avait fait preuve, sa rapidité de réaction et sa participation active à des initiatives avec toutes les parties prenantes, a estimé que l'affaire serait «vite oubliée». *The Economist*, 19 janvier 2008.

en prévenant et atténuant cet impact. Cette responsabilité est un aspect prépondérant de la question des entreprises et des droits de l'homme, mais ce n'est pas le seul: elle est complétée par l'obligation de protéger incombant à l'État, d'une part, et par l'accès à des recours effectifs, d'autre part, aspect que nous abordons à présent.

V. ACCÈS À DES RECOURS

86. L'accès à des recours effectifs, troisième pilier du cadre, est un aspect important aussi bien de l'obligation de protéger incombant à l'État que de la responsabilité de respecter incombant aux entreprises. La présente section est divisée en quatre parties. La première vise à clarifier les ambiguïtés concernant les obligations des États dans ce domaine. La deuxième examine la relation entre mécanismes judiciaires et non judiciaires. Les troisième et quatrième parties décrivent les travaux et la réflexion actuels du Représentant spécial sur les mécanismes judiciaires et non judiciaires.

A. Obligations de l'État

87. Dans le cadre de l'obligation de protéger, les États sont tenus de prendre les dispositions voulues pour enquêter, sanctionner et réparer lorsque des violations des droits des individus se produisent sur leur territoire ou sous leur juridiction par le fait d'entreprises; ils doivent, en résumé, assurer l'accès à des recours. En l'absence de telles mesures, l'obligation de protéger se trouverait affaiblie, voire vidée de sa substance. Les recours peuvent être assurés par des moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres. Les États sont aussi tenus parfois d'accorder aux victimes des réparations appropriées, y compris sous forme d'indemnisation⁵⁰.

88. L'obligation de l'État concernant l'accès à des voies de recours est distincte du droit des individus à un recours prévu dans un certain nombre de conventions internationales et régionales sur les droits de l'homme. Si l'obligation de l'État porte sur les violations de tous les droits de l'homme applicables par des entreprises, la portée du droit individuel à un recours pour ce qui est des atteintes imputables à des acteurs non étatiques est incertaine. Un droit de recours individuel a néanmoins été affirmé pour la catégorie d'actes visée par les Principes fondamentaux et directives de l'ONU concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire (résolution 60/147 de l'Assemblée générale, annexe), «quelle que soit, en définitive, la partie responsable de la violation»⁵¹.

89. Des organes internationaux et régionaux chargés des droits de l'homme ont examiné ce que les États sont censés faire pour assurer des recours contre les violations liées à l'activité des entreprises. Ils ont préconisé par exemple de créer des mécanismes de réclamation efficaces pour les plaintes liées à l'emploi; de réduire les risques que des sociétés extractives soient en mesure d'empêcher les populations touchées par leurs activités, en particulier les populations

⁵⁰ Plusieurs instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme prévoient ces éléments; lorsque ce n'est pas le cas, des observations utiles ont été formulées par les organes conventionnels compétents.

⁵¹ Principe 3 c).

autochtones, d'accéder à des mécanismes de recours; et de veiller à ce qu'il existe des processus de recours effectifs contre les violations d'entreprises privées qui accomplissent des «fonctions d'intérêt public». Des divergences subsistent toutefois dans les recommandations sur les points de savoir si les États sont censés sanctionner directement les personnes morales, en dehors des personnes physiques agissant en leur nom; à quel moment les États sont censés permettre aux individus d'agir en justice à propos des violations imputables à des entreprises; et si les États devraient, et dans quelle mesure, tenir les entreprises pour responsables de violations présumées survenues à l'étranger.

90. Le Représentant spécial revient plus en détail sur ces questions complexes dans l'additif au présent rapport.

B. Interaction entre les mécanismes judiciaires et non judiciaires

91. On considère parfois que les mécanismes judiciaires et les mécanismes non judiciaires s'excluent mutuellement, ce qui est vrai dans certains cas. Un recours judiciaire peut être indispensable, par exemple, pour les griefs qui soulèvent des questions de droit pénal, en particulier. Mais en règle générale, les deux types de mécanismes interagissent davantage; ils peuvent se compléter, se renforcer, être consécutifs ou jouer un rôle préventif, comme expliqué ci-après:

a) Les mécanismes non judiciaires peuvent souvent être engagés plus tôt et plus rapidement que les processus judiciaires, et dans les cas où le litige ne constitue pas un motif suffisant d'agir en justice;

b) La perspective d'un procès incite souvent les parties à rechercher une solution par voie de négociation ou de médiation;

c) Des mécanismes à l'échelon national ou international peuvent offrir un recours complémentaire lorsque les tribunaux ou les processus de médiation locaux sont défectueux, insuffisants ou absents;

d) Les mécanismes au niveau des entreprises sont un aspect essentiel de l'alerte rapide et de la gestion des risques en vue de constater, atténuer et régler les motifs de plainte avant qu'ils ne s'aggravent et ne risquent d'entraîner peut-être des violations graves ou des procès.

92. Chaque type de mécanisme a ses avantages et ses inconvénients⁵². Si l'on veut améliorer les recours effectifs contre les violations où des entreprises sont en cause, il faut assurer aux plaignants un choix entre plusieurs options selon les besoins et la situation. Pour parvenir à un système plus complet et rigoureux à partir de la multiplicité actuelle, il faudra améliorer l'accessibilité et l'efficacité des mécanismes existants; et prévoir de nouveaux mécanismes si aucune amélioration ne peut être envisagée.

⁵² Voir «Non-Judicial and Judicial Grievance Mechanisms for addressing disputes between business and society», document établi en vue des consultations du Représentant spécial sur les mécanismes de réclamation: www.business-humanrights.org/Documents/Non-judicial-and-judicial-mechanisms-Mar-2009.doc.

C. Mécanismes judiciaires

93. Les États indiquent souvent leurs systèmes de droit pénal et civil comme preuve du respect de leurs obligations internationales s'agissant d'enquêter sur les violations, de les punir et de les réparer. Des obstacles importants subsistent pourtant dans l'accès à des recours judiciaires effectifs⁵³. La plupart sont bien connus, existent dans d'autres domaines que les entreprises et les droits de l'homme, et font l'objet d'activités de renforcement des capacités des États en partenariat avec les institutions internationales. Le Représentant spécial met l'accent dans ses travaux sur les obstacles les plus saillants rencontrés par les victimes de violations des droits de l'homme liées à des entreprises.

94. En ce qui concerne les plaintes civiles, un plaignant peut ne pas être en mesure d'obtenir réparation d'une entreprise devant les tribunaux de l'État hôte en raison d'une série d'obstacles juridiques et pratiques. Un motif d'action valable peut faire défaut. Les tribunaux peuvent manquer de moyens pour gérer des litiges complexes. Les coûts sont souvent prohibitifs: le simple fait de porter plainte peut être trop coûteux pour les individus et les collectivités démunies, et des règles d'allocation des coûts comme le principe «perdant payeur» peuvent être dissuasives pour bien des justiciables qui voudraient porter plainte. En cas de jugement favorable, l'exécution du jugement peut s'avérer difficile, surtout si les avoirs de l'entreprise sont insuffisants.

95. Lorsque l'entreprise dépend d'une société mère à l'étranger, d'autres facteurs peuvent aggraver les obstacles. La société mère peut jouer de son influence auprès du gouvernement du pays hôte ou mobiliser le gouvernement de son pays et les institutions financières internationales. L'option consistant à poursuivre la société mère dans l'État d'origine pour les actes de sa filiale, ou pour ses propres actes ou omissions, peut soulever des questions de compétence juridictionnelle (choix du for approprié), et susciter des objections de la part des deux gouvernements, celui du pays d'origine et celui du pays hôte. En outre, les critères applicables aux sociétés mères concernant leurs filiales en vertu du droit national peuvent être flous ou incertains. Ce type de plaintes transnationales soulève en lui-même aussi des difficultés de preuve, de représentation et d'ordre financier.

96. En ce qui concerne les poursuites pénales, même lorsque l'action est fondée, si les autorités de l'État ne veulent pas, ou ne peuvent pas consentir les ressources nécessaires à l'ouverture de poursuites, il n'y a guère de recours pour les victimes à l'heure actuelle.

97. Les obstacles juridiques et pratiques à l'accès sont souvent accentués pour les groupes exposés ou vulnérables, indépendamment du fait que l'entreprise soit nationale ou transnationale. Les femmes, les enfants et les populations autochtones, ainsi que les populations marginalisées pour d'autres raisons dans leur interaction avec les entreprises, peuvent entrer dans cette catégorie⁵⁴. C'est le rôle des gouvernements – et ce rôle a parfois le caractère d'obligation – que

⁵³ Voir «Obstacles to Justice and Redress for Victims of Corporate Human Rights Abuses», accès par <http://www.reports-and-materials.org/Oxford-Pro-Bono-Publico-submission-to-Ruggie-3-Nov-2008.pdf>.

⁵⁴ Le séminaire Lowenstein de droit international des droits de l'homme de l'Université de Yale mène des travaux à l'intention du Représentant spécial sur les difficultés rencontrées par les

d'alerter sur les risques pour les personnes et les populations concernées, et que de veiller à ce que leurs droits soient dûment protégés, notamment en assurant l'accès aux recours.

98. Le Représentant spécial entend poursuivre ses recherches et ses consultations sur les obstacles aux recours judiciaires et les options envisageables pour y remédier.

D. Mécanismes non judiciaires

99. Dans son rapport de 2008, le Représentant spécial a présenté un ensemble de principes relatifs aux mécanismes de réclamation. Tout mécanisme de réclamation non judiciaire devrait répondre à six principes: légitimité, accessibilité, prévisibilité, équité, compatibilité avec les droits de l'homme et transparence⁵⁵. Le Représentant spécial identifie un septième principe spécifique aux mécanismes de réclamation au sein d'une entreprise, qui est que les entreprises doivent passer par le dialogue et la médiation plutôt que de jouer elles-mêmes le rôle d'arbitre. La présente section examine les mécanismes non judiciaires au sein des entreprises et aux niveaux national et international.

Entreprises

100. Des mécanismes de réclamation efficaces sont un aspect important de la responsabilité de respecter incombant aux entreprises. Ils complètent les processus de suivi ou de vérification du respect des droits de l'homme, et sont aussi le moyen permanent par lequel l'entreprise peut être alertée rapidement des problèmes et des litiges, et faire en sorte qu'ils ne dégénèrent pas; bon nombre d'affaires, aujourd'hui emblématiques, de violations des droits de l'homme où des entreprises ont été mises en cause sont parties de motifs de plainte beaucoup moins graves. Qui plus est, surveiller les doléances permet aux entreprises de s'apercevoir des problèmes systémiques et d'adapter leurs pratiques afin d'empêcher les préjudices et contentieux futurs.

101. L'échelle et la complexité de ces mécanismes spécifiques sont déterminées par l'ampleur de l'impact que les activités d'une entreprise sont susceptibles d'avoir. Un mécanisme n'a pas besoin d'être lourd pour être efficace, et peut être sous-traité en partie, ou partagé avec d'autres branches ou entreprises, pourvu que les principes relatifs aux mécanismes de réclamation soient observés. Un nombre croissant d'entreprises, d'associations professionnelles et d'organisations à vocation économique mettent au point des mécanismes de réclamation ou des orientations à ce sujet. Le Représentant spécial se félicite de la décision prise par la CCI, l'OIE et le BIAC de piloter ces principes auprès des entreprises de différents secteurs, et espère que cela permettra d'approfondir les enseignements.

Échelon national

102. Les institutions nationales des droits de l'homme (INDH) et les PCN des États adhérant aux Principes directeurs de l'OCDE peuvent constituer des voies de recours importantes au niveau national. En 2008, le Représentant spécial a pris part à un certain nombre de réunions

artisans mineurs dans leurs relations avec les grandes sociétés minières, et dans l'accès à des recours effectifs.

⁵⁵ A/HRC/8/5, par. 92.

d'institutions nationales des droits de l'homme, et pris la parole devant la réunion annuelle des PCN.

103. Si le mandat de certaines INDH ne leur permet pas actuellement de se consacrer à la question des entreprises et des droits de l'homme, cela tient pour beaucoup d'entre elles à une question de choix, de tradition ou de moyens. Le Représentant spécial espère que davantage d'INDH réfléchiront à la façon dont elles peuvent répondre aux cas de violation des droits de l'homme auxquelles des entreprises sont accusées d'avoir contribué. Il accueille avec satisfaction la décision prise par le Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme de créer un groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme, et se réjouit de poursuivre cette coopération.

104. Les PCN soulignent la nécessité d'une souplesse opérationnelle adaptée aux réalités nationales. Mais pour assurer la crédibilité du système dans son ensemble, cela doit être encadré par des critères d'efficacité minimum analogues à ceux énoncés par le Représentant spécial. Plusieurs PCN, notamment au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, ont mis en place des structures de gouvernance, des mesures de transparence et des capacités de médiation novatrices qui méritent l'attention. En outre, les gouvernements devraient chercher comment donner plus de poids aux avis de PCN où il est donné tort à des entreprises. Par exemple, dans la mesure où les États sont tenus de promouvoir les Principes directeurs de l'OCDE, qui régissent eux-mêmes le fonctionnement des PCN, un avis défavorable pourrait logiquement avoir des incidences sur l'accès de l'entreprise aux marchés publics et aux garanties de l'État.

105. D'autres instances peuvent jouer un rôle important au niveau national dans les voies de recours. Certaines peuvent être spécialisées dans un domaine, par exemple la non-discrimination ou les droits du travail, d'autres avoir une responsabilité sectorielle, comme par exemple, en Australie, les systèmes de médiation pour le secteur bancaire et les télécommunications. Le Représentant spécial continue d'étudier les modèles offrant des perspectives intéressantes.

Échelon international

106. Un certain nombre de codes professionnels volontaires, d'initiatives multipartites et de normes à l'initiative d'investisseurs ont institué des mécanismes de réclamation, et les principes proposés plus haut offrent désormais une base pour déterminer si ces initiatives répondent aux critères minima. Mais bon nombre d'initiatives sont dépourvues de procédures de réclamation, et il semble avéré que cela fragilise leur légitimité perçue. Il serait donc logique qu'elles adoptent de tels mécanismes.

107. L'accès des victimes aux mécanismes existants au niveau de l'entreprise ou du secteur ou à l'échelle nationale ou internationale se ressent d'un déficit d'information évident, ce qui rend l'amélioration difficile et empêche de tirer les leçons des litiges passés afin d'éviter qu'ils ne se répètent.

108. Pour tenter d'y remédier, le Représentant spécial a lancé un wiki mondial: Business and Society Exploring Solutions – A Dispute Resolution Community⁵⁶. BASESwiki (www.baseswiki.org) est un forum interactif en ligne pour l'échange, l'accès et le débat de l'information relative aux mécanismes non judiciaires qui traitent des litiges entre les entreprises et les acteurs extérieurs concernés. On y trouve des renseignements sur le fonctionnement de ces mécanismes et leurs domaines de compétence, les solutions auxquelles ils sont parvenus, les spécialistes susceptibles d'aider, et les travaux de recherche et les études de cas. BASESwiki sera bâti au fur et à mesure par et pour ses utilisateurs. Il existe actuellement avec des portails en anglais, français, espagnol, chinois et russe; le portail en arabe est en cours d'élaboration. Le Représentant spécial exhorte toutes les parties concernées – entreprises, ONG, gouvernements, médiateurs, juristes, universitaires et autres – à contribuer au développement de cette ressource importante et à ce que les personnes dépourvues d'accès à Internet puissent en tirer profit.

109. Un certain nombre d'acteurs prônent la création d'une nouvelle institution internationale afin améliorer l'accès aux recours non judiciaires. Ont été ainsi proposés un centre d'échanges permettant d'orienter les litiges vers les mécanismes susceptibles d'offrir un recours; un organisme de renforcement des capacités pour aider les parties en litige à utiliser ces mécanismes efficacement; une instance spécialisée pour compiler et analyser les résultats, afin d'améliorer l'apprentissage systémique et la prévention des litiges; et un mécanisme de réclamation pour les cas où les mécanismes locaux ou nationaux sont défaillants ou insuffisants.

110. Si elles sont bien menées, les trois premières suggestions laissent envisager des résultats concrets et semblent réalisables. Le développement de l'information et de bases mondiales de renseignements et de ressources comme BASESwiki apparaît comme un précurseur essentiel de ces trois modalités.

111. La proposition de créer un mécanisme unique, obligatoire, non judiciaire, mais doué d'un rôle contentieux au niveau international pose inévitablement de plus grandes difficultés. Pour le traitement des litiges complexes entre parties que tout distingue, qui sont inégales économiquement et se trouvent dans des régions éloignées, des processus reposant uniquement sur des communications écrites risquent de ne pas satisfaire aux règles élémentaires d'équité et de rigueur. L'exigence de disposer d'enquêtes ou d'audiences en bonne et due forme risque de soulever des problèmes importants d'administration de la preuve et d'ordre pratique, financier et politique, alors que cela n'a guère de chances de pouvoir assurer des recours rapides, dont l'issue soit applicable et qui concernent plus qu'un petit nombre de plaintes chaque année.

112. Une autre possibilité serait de se tourner vers un organisme ou un réseau déjà existants de réputation internationale qui puissent assurer une médiation des litiges où il est question de droits de l'homme. Si une telle entité était en mesure d'assurer des processus de médiation sur le lieu des litiges, cela permettrait d'éviter bon nombre des problèmes évoqués plus haut. Dans le même temps, ces processus devraient être conformes aux principes énoncés par le Représentant spécial pour les mécanismes de réclamation. Un appui et des conseils pourraient être nécessaires aux

⁵⁶ En collaboration avec l'Association internationale du barreau et avec l'appui du Conseiller-Ombudsman (application des directives) du Groupe de la Banque mondiale et la Fondation JAMS.

plaignants pour pouvoir prendre part au processus sur un pied d'égalité, et un modèle de financement serait nécessaire afin qu'ils n'aient pas à supporter des coûts prohibitifs.

113. L'arbitrage par des entités de ce type serait également une possibilité. En particulier, les entreprises présentes dans les zones touchées par un conflit devraient être fortement incitées à accepter *ex ante* de recourir à ce type d'organisme de médiation ou d'arbitrage en cas de litige avec les populations, et leurs investisseurs et les États devraient avoir un intérêt certain à ce qu'elles le fassent. L'arbitrage serait soumis aux mêmes conditions que précédemment, et ne devrait pas exclure un recours judiciaire.

114. Le Représentant spécial continue d'examiner les possibilités d'innovation institutionnelle qui sont susceptibles d'apporter un progrès quantitatif et qualitatif dans l'accès à des voies de recours effectives, en vue de recommandations futures.

E. En résumé

115. Les mécanismes de réclamation, judiciaires et non judiciaires, font partie aussi bien de l'obligation de protéger incombant à l'État que de la responsabilité des entreprises en matière de respect des droits de l'homme. Ils sont indispensables pour que les victimes de violations des droits de l'homme par des entreprises disposent d'un recours. Pour les États, c'est aussi un moyen de faire appliquer les lois et les règles pertinentes et d'inciter les entreprises à les observer, et de dissuader celles-ci de commettre des violations. Pour les entreprises, des mécanismes au niveau opérationnel ont l'avantage supplémentaire de signaler à temps les problèmes et d'aider à les atténuer ou à les résoudre avant que des violations se produisent ou que les litiges ne dégénèrent. Mais trop d'obstacles empêchent l'accès aux recours judiciaires, et il existe trop peu de mécanismes non judiciaires répondant aux critères minimum d'effectivité. Il conviendra de poursuivre les améliorations, l'apprentissage mutuel et les innovations.

VI. CONCLUSION

116. C'est un honneur et une leçon d'humilité pour le Représentant spécial que de mener la tâche qui lui a été confiée par le Conseil des droits de l'homme de traduire sur le plan opérationnel le cadre «protéger, respecter et réparer» de manière à fournir des orientations concrètes pour tous les acteurs.

117. Devant ce qui constitue peut-être la pire récession économique mondiale en un siècle, et tant de défis sans précédent, certains se demanderont peut-être si le moment est vraiment idéal pour se préoccuper des entreprises et des droits de l'homme. À cette question, le présent rapport répond, sans hésitation, par l'affirmative, et ce, pour trois raisons.

118. En premier lieu, c'est en temps de crise que les droits de l'homme courent le plus grand risque, et les crises économiques posent un risque particulier aux droits économiques et sociaux. Aujourd'hui plus que jamais, donc, la question des entreprises et des droits de l'homme compte. Tout intérêt que les gouvernements penseraient avoir à appliquer aux entreprises des normes moins élevées en matière de droits de l'homme ne serait qu'illusoire, et aucun redressement durable ne peut reposer sur des bases aussi peu solides. Les entreprises doivent mettre en balance toute tentation analogue, et un déclin de la

confiance du public dans les entreprises, et une montée du populisme, avec le tournant historique qui pourrait être pris dans l'environnement réglementaire.

119. En deuxième lieu, il a été noté précédemment que le même type de lacunes et de fautes de gouvernance que celles qui ont conduit à la crise économique actuelle constitue également ce que le Représentant spécial a qualifié de contexte permissif à l'égard des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises. Les solutions qui s'imposent dans les deux cas sont du même ordre: adoption par les gouvernements de politiques incitant les entreprises à davantage de responsabilité, et adoption par les entreprises de stratégies tenant compte du fait désormais incontournable que leurs propres perspectives à long terme ne sont pas dissociables du bien-être de l'ensemble de la société. Renforcer le régime international des droits de l'homme contre les violations liées aux entreprises c'est donc encourager la transition universellement souhaitée vers une économie mondiale plus intégratrice et plus durable. Ces valeurs deviennent de plus en plus une force de proposition.

120. En troisième lieu, le cadre «protéger, respecter et réparer» indique des moyens concrets de parvenir à ces objectifs. Pour les gouvernements, il est primordial d'ancrer plus profondément la question des entreprises et des droits de l'homme dans les domaines de l'action publique qui ont une incidence directe sur les pratiques économiques. Pour les entreprises, il est primordial de prendre davantage conscience de leurs atteintes aux droits d'autrui et de se montrer plus réactives devant ces atteintes. L'accès à des recours effectifs, judiciaires et non judiciaires, constitue un aspect essentiel permettant à l'individu et à la collectivité de faire valoir leurs droits – ce qui est le but même du régime des droits de l'homme. Plus prosaïquement, il s'agit aussi d'un moyen de signal, d'une boucle de rétroaction qui alerte les gouvernements, les entreprises et la société en général lorsque tout ne va pas pour le mieux, tout en donnant la possibilité d'intervenir et de régler les problèmes rapidement avant que le mal ne s'aggrave.

121. En bref, les entreprises et les droits de l'homme ne sont pas une question éphémère dont on peut remettre l'examen à plus tard. La question est aujourd'hui au cœur de nos préoccupations communes et doit y rester.
