



INSTRUMENT INTERNATIONAL JURIDIQUEMENT CONTRAIGNANT POUR RÉGLEMENTER LES SOCIÉTÉS TRANSNATIONALES ET AUTRES ENTREPRISES COMMERCIALES EN MATIÈRE DE DROITS HUMAINS

Observations préliminaires sur l'avant-projet de convention

Introduction

Il y a quatre ans, la Résolution 26/9 était adoptée. Dans ce cadre, un groupe de travail intergouvernemental (GTI) à composition non limitée a été constitué et mandaté pour l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant, visant à régler les activités des sociétés transnationales et des autres entreprises aux regards des droits humains. La publication de l'avant-projet d'une Convention juridiquement contraignante en la matière est bien entendu une avancée importante vers des débats plus substantiels. La quatrième séance du GTI qui aura lieu ce mois-ci (octobre 2018), offre donc la possibilité aux États de s'engager dans des discussions constructives et de faire avancer le processus de négociation significativement.

Ce document résume la position de la Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH) vis-à-vis du texte produit par l'Équateur. Il s'agit d'une observation préliminaire sur ce texte tel qu'il a été présenté. Le présent document est organisé suivant la structure de cet avant-projet mais se concentre sur certains articles uniquement. Il s'appuie sur l'expérience de la FIDH en tant que fédération internationale rassemblant différentes organisations de défense des droits humains. Nous espérons que ce document apportera une contribution utile et enrichira les discussions lors du processus de négociation.

Préambule

Cet avant-projet s'appuie clairement sur le cadre international existant qui protège les droits humains des abus des entreprises (voir la liste des documents ayant aidé la présidence dans la rédaction de cet avant-projet).¹

Il convient toutefois de souligner dans le Préambule qu'il y a une complémentarité entre cette nouvelle convention et les instruments internationaux ayant établi le cadre existant de responsabilité des entreprises en matière de violations des droits humains. Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les Principes directeurs de l'OCDE et la déclaration tripartite de principes sur les entreprises multinationales et la politique sociale (Déclaration EMN) de l'Organisation internationale du travail (OIT) doivent par conséquent être mentionnés dans cet avant-propos comme des développements significatifs du droit international régissant le comportement des entreprises vis-à-vis des droits humains. Comme observé par de nombreuses organisations de la société civile (OSC) et de nombreux universitaires, la complémentarité de ce traité avec des instruments et des mécanismes existants est essentielle pour assurer une mise en œuvre cohérente des différentes dispositions. Cette complémentarité est aussi primordiale pour éviter qu'États et entreprises ne soient tentés d'arrêter la mise en place des Principes directeurs

¹<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ListDocuments.pdf>

relatifs aux entreprises et aux droits humains, pendant les négociations du traité.

Cet avant-propos devra également réaffirmer l'importance de la Déclaration universelle des droits de l'homme comme norme de référence pour l'interprétation de ses dispositions. Nous proposons donc la formulation suivante :

« Rappelant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame un idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations afin que les gouvernements, les autres organes de la société et les individus s'efforcent de développer le respect de ces droits et libertés, y compris l'égalité de droits des femmes et des hommes et la promotion du progrès social et de meilleures conditions de vie dans une liberté plus grande et d'en assurer, par des mesures progressives, la reconnaissance et l'application universelle et effective »

Champ d'application

À quelles entreprises le futur traité s'appliquera-t-il ?

Certains États ont insisté sur le fait que ce traité devrait uniquement se concentrer sur les sociétés transnationales. D'autres ont demandé au contraire que les discussions portant sur le champ d'application de ce traité restent ouvertes en insistant pour qu'une analyse plus approfondie soit effectuée sur les différentes manières de le définir. La FIDH a toujours plaidé pour une interprétation au sens large de ce futur instrument en s'appuyant sur l'expérience concrète que les violations des droits humains sont liées aux activités de tous types de sociétés (pas uniquement celles ayant une caractéristique transnationale) et que les victimes subissent le poids des disparités existantes en ce qui concerne l'accès à la justice et à une voie de recours, et ce indépendamment de la nature de l'entreprise. « Du point de vue des personnes et des communautés dont les droits sont bafoués par les activités d'une entreprise, le fait que la société fautive soit ou non une entreprise transnationale n'a guère de conséquence. »²

Cette citation souligne le besoin de disposer d'un futur instrument qui reconnaisse le principe selon lequel les entreprises doivent respecter les droits humains, tout en prenant en considération les obstacles spécifiques posés par les sociétés transnationales.

Les éléments en faveur d'un instrument juridiquement contraignant qui ont été présentés en septembre 2017 par l'Équateur (ci-après nommés « Éléments ») insistaient déjà sur le caractère transnational des activités, plutôt que sur les caractéristiques des entreprises elles-mêmes, ce qui constituait une étape vers la résolution du problème.

Tout en rappelant dans le préambule que « [toutes les entreprises commerciales doivent] respecter l'ensemble des droits humains, quels que soient leur taille, leur secteur, le contexte opérationnel, leur mode de propriété et leur structure », l'avant-projet présenté par l'Équateur suit la même démarche que celle décrite par les Éléments. La définition du champ d'application subjectif dans cet avant-projet comprend les « violations des droits humains résultant des activités à caractère transnational ».³

Malgré les avantages de cette démarche comparés à l'approche restrictive de la Résolution 26/9, la reconnaissance d'un principe générale selon lequel les entreprises commerciales doivent respecter les droits humains **doit être présente dans le corps du texte, et non uniquement dans le Préambule.**

Ce principe a déjà été réaffirmée dans l'Observation générale numéro 16 du Comité des droits de l'enfant, les Observations générales numéros 23 et 24 du Comité des droits économiques,

²FIDH et Réseau-DESC, *Ten Key Proposals for the Treaty (Dix propositions juridiques fondamentales pour le traité)* (octobre 2016), p. 28, disponible en anglais uniquement à l'adresse : https://www.escri-net.org/sites/default/files/attachments/tenkeyproposals_final.pdf

³Cette approche reflète la proposition émise par la FIDH et le Réseau-DESC dans les *Dix propositions juridiques fondamentales pour le traité, citées juste au-dessus*. Ce document mentionne en effet, qu'un instrument juridiquement contraignant doit « apporter en priorité des solutions aux problématiques réglementaires complexes qui sont posées par les sociétés transnationales, tout en affirmant que le droit international des droits de l'homme requiert que toutes les entreprises respectent les droits humains. » p. 27.

sociaux et culturels (CESCR) et dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Il serait par ailleurs bénéfique pour ce traité d'ajouter une référence plus spécifique à la nécessité d'éviter des différences de traitement entre entreprises, comme cela est notamment prévu par les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.⁴ Cet ajout permettrait d'assurer des niveaux de protection équitables – conformément à l'état de droit – entre les personnes et communautés touchées par les activités des sociétés transnationales, à l'étranger et dans leur pays d'origine et celles affectées par les activités des entreprises à 100 % nationales.

Dans cet avant-projet, nous nous efforçons de proposer une définition plus spécifique des « activités commerciales avec un caractère transnational ». Comme suggéré par la FIDH dans ses observations préliminaires sur les Éléments, une telle définition doit être explicitement flexible dans l'optique d'une adaptation et d'une évolution avec la nature et structure changeantes des entreprises. Cette définition servira aussi à éviter que les sociétés se soustraient à leurs obligations par le biais de nouveaux montages juridiques pour les entreprises.⁵

Selon l'article 4.2, les activités commerciales se définissent comme « toute activité économique à but lucratif, qui comprend une activité de production ou de commerce, sans toutefois s'y limiter. » Cette définition exclut les activités à but non lucratif comme celles que peuvent mener des associations ou organisations non gouvernementales (ONG).

Comme il a pourtant été souligné,⁶ cette définition pourrait être interprétée comme excluant les entreprises publiques du champ d'application du traité.

Les rédacteurs devront indiquer clairement que les entreprises publiques entrent dans le champ d'application du futur instrument. En effet, ces types de sociétés sont largement impliqués dans d'importants projets sur le plan national et international et sont souvent directement liés à des abus relatifs aux droits humains.⁷

Pour combler cette lacune, les rédacteurs pourraient notamment définir explicitement le terme « activité économique » de manière qu'il ne se limite pas à des entreprises privées, mais englobe tous les types de sociétés (publiques ou non) qui remplissent des fonctions économiques.⁸

Comme souligné par la FIDH dans ses observations préliminaires portant sur les Éléments⁹, il est important que la définition du champ d'application *ratione personae* de ce traité englobe

4Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, édition 2011, paragraphe I.5 : « Les Principes directeurs ne visent pas à instaurer des différences de traitement entre les entreprises multinationales et les entreprises nationales ; ils traduisent des pratiques pouvant être recommandées à toutes. On attend donc des entreprises multinationales et nationales qu'elles aient le même comportement dans tous les cas où les Principes directeurs s'appliquent aux unes et aux autres. »

5Rapport soumis pour la troisième séance du GTI en 2017 et disponible à l'adresse : <https://www.fidh.org/en/issues/globalisation-human-rights/fidh-advocates-for-the-adoption-of-an-international-legally-binding>

6Voir l'article de John Ruggie concernant l'avant-projet sur le blog du Business and Human Rights Resource Centre : <https://www.business-humanrights.org/en/comments-on-the-%E2%80%9Czero-draft%E2%80%9D-treaty-on-business-human-rights>.

7Voir notamment, FIDH et al., *La catastrophe environnementale causée par l'aciérie ILVA représente aussi une violation des droits humains en Italie* ; le rapport 2017 d'ILVA et de la FIDH ; *Entreprises et violations des droits de l'homme : un guide pratique sur les recours existants à l'intention des victimes et des ONG*, (édition de 2016) est une ressource disponible avec le lien suivant : https://www.fidh.org/IMG/pdf/corporate_accountability_guide_version_web.pdf

8La Cour européenne de justice interprète cette notion d'après le droit européen de la concurrence en adoptant une démarche fonctionnelle. Elle examine si l'entité a une « fonction » d'entreprise privée qui consiste à fournir des biens ou des services sur un marché. De ce point de vue, la Cour a considéré que cela « englobe toute entité participant à une activité économique, quels que soient le statut juridique de cette entité et les moyens avec lesquels elle est financée ». Voir le jugement de la Cour européenne de justice dans l'affaire *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, (23 avril 1991, paragraphe 21).

9Rapport soumis par la FIDH, op. Cit.

largement les activités des sociétés transnationales. Il convient toutefois de garder à l'esprit que ces sociétés n'existent pas en tant qu'entité juridique. En effet, elles ne sont ni plus ni moins qu'une somme d'entreprises nationales faisant partie de groupes multinationaux de sociétés plus ou moins liées entre elles.

Divers critères sont proposés pour définir le caractère transnational dans l'avant-projet du traité. Selon ce dernier, des activités économiques sont considérées transnationales si :

- *elles ont lieu dans des zones dépendant de deux juridictions ou plus ;*
- *elles nécessitent des actions dans deux juridictions ou plus ;*
- *elles font intervenir des personnes dans deux juridictions ou plus ;*
- *elles ont un impact sur deux autorités compétentes ou plus.*

Il convient d'abord de souligner que ces critères doivent être envisagés de manière alternative et non cumulative pour que ce champ d'application soit acceptable. Il convient ensuite d'analyser en profondeur chacun de ces critères afin d'identifier les situations réelles auxquelles ils peuvent se rapporter.

Les trois premiers critères concernent les caractéristiques de l'activité économique, à savoir le lieu où elle se trouve ou celui de la personne qui exerce cette activité. Les deux premiers cas couvrent la situation où une seule activité a lieu dans deux juridictions ou plus. Toutefois, la différence n'est pas claire entre des « activités ayant lieu dans deux juridictions ou plus » et le deuxième critère qui fait référence à des « activités nécessitant des actions dans deux juridictions ou plus ». Le troisième critère couvre le cas de figure où plusieurs personnes situées dans deux juridictions ou plus participent à ces activités économiques. Aussi, le principal problème ici sera de délimiter la notion d' « **activité** » dans un cas spécifique.

Prenons par exemple les relations au sein d'une chaîne d'approvisionnement. L'importation d'un produit d'une juridiction A vers une zone relevant d'une juridiction B nécessite des actions commerciales dans les tribunaux des États A et B. Pourtant, la question à se poser est de savoir si le caractère transnational de l'activité sera considéré sous l'angle d'une transaction spécifique d'une entreprise ou si on l'envisagera plus largement en regardant la chaîne d'activités transnationales nécessaires ou en découlant. Jusqu'où s'étend le caractère transnational ? Dans le cas d'importations, par exemple, l'activité finale du détaillant sera-t-elle considérée comme ayant un caractère transnational, même dans le cas où ce détaillant achète uniquement les produits importés par d'autres entités commerciales relevant de la même juridiction ? Dans la mesure où l'échange transfrontière n'est pas directement en lien avec le détaillant mais que l'importateur sert de médiateur, considère-t-on que l'importateur sera le seul acteur ayant des activités à caractère transnational ?

Pour éviter cet écueil, les activités ne devront pas être définies dans ce traité comme une transaction spécifique économique ou contractuelle, mais comme un groupe d'actions nécessaires au déroulement d'une activité économique. Cette activité doit être appréhendée comme un objectif pour lequel un ensemble d'actions multiples et spécifiques ont lieu. Si l'on prend l'exemple ci-dessus, la vente de biens entre le détaillant et l'importateur qui est situé dans la juridiction B ne sera pas la seule activité économique à considérer. Il faudra également prendre en compte la chaîne de relations contractuelles et commerciales qui a permis au détaillant final de vendre les produits sur ce marché.

Selon le quatrième critère, on peut considérer qu'une activité a un caractère transnational, si elle a un impact au sein de deux juridictions ou plus. Pour ce qui est du commerce et des droits humains, le terme « impact » est utilisé pour identifier des cas où l'entreprise a la responsabilité de prévenir, d'atténuer, de résoudre et de remédier à des situations.¹⁰ Pourtant,

¹⁰ La Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière pourrait être intéressante pour la définition du concept « d'impact ». Le terme « impact » désigne « tout effet d'une activité proposée sur l'environnement, notamment sur la santé et la sécurité, la flore, la faune, le sol, l'air, l'eau, le climat, le paysage et les monuments historiques ou autres ouvrages, ou l'interaction entre ces facteurs ; il désigne également les effets sur le patrimoine culturel ou les conditions socioéconomiques qui résultent de modifications de ces facteurs ; ». L'expression « impact transfrontière » désigne tout impact, et non pas exclusivement un impact de caractère mondial, qui aurait dans les limites d'une

dans ce contexte, ce terme devrait être interprété plus largement et ne devrait pas nécessairement avoir une connotation négative.

Personnes physiques ou morales

Le champ d'application de ce traité couvrira également des activités économiques provenant d'une « personne morale ou physique ». Ce champ d'application pourrait sembler quelque peu limité dans la mesure où des opérations commerciales peuvent prendre différentes formes. Dans certains traités d'investissement et accords commerciaux, la notion d' « entreprise » est définie de manière plus large. Dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), le terme entreprise est défini comme :

« toute entité constituée ou organisée légalement, à des fins lucratives ou non, et possédée par le secteur privé ou le secteur public, y compris toute société, fiducie, société de personnes, entreprise individuelle, entreprise conjointe ou autre association. »

Cette définition plus large inclut non seulement des entités disposant d'une personnalité morale, mais aussi des sociétés de personnes, des coentreprises ou des regroupements de personnes morales qui opèrent dans un contexte ou sur un projet particulier. Toutefois ces entités n'ont pas forcément de personnalité juridique distincte. **Il conviendrait donc d'employer le terme « personnes physiques ou morales » non seulement au singulier mais aussi au pluriel.**

Il existe par ailleurs des cas où des organismes ou agences publiques opèrent comme des acteurs économiques, sans nécessairement recevoir une personnalité juridique différente de celle de l'État.

zone relevant de la juridiction d'une Partie une activité proposée dont l'origine physique se situerait en tout ou partie dans la zone relevant de la juridiction d'une autre Partie ».
Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière,
Art. 1 (vii).

Accès à la justice

Jurisdiction

Quel est le tribunal compétent pour juger une affaire dans laquelle intervient une entreprise à caractère transnational ?

Les tribunaux du pays de la société mère sont-ils compétents pour traiter des cas concernant des actions commises à l'étranger par les filiales ou les soustraitants de cette entreprise ?

Dans les pays où sont implantées la plupart des sociétés mères, divers systèmes ont été utilisés jusqu'à présent pour poursuivre les multinationales malgré la complexité de leurs structures et de leurs opérations. Dans la mesure où la société mère contribue souvent à l'infraction présumée ou prend au minimum des décisions qui mènent à une violation du droit, les preuves se trouvent fréquemment dans le pays d'origine ou de domiciliation de la multinationale. Les actifs de cette société se trouvent généralement aussi dans le pays de domiciliation de la société mère. De fait, les victimes sont davantage susceptibles d'obtenir des dédommagements si leur plainte est portée devant les tribunaux du pays où se trouve la société mère. Au même temps, de nombreux obstacles empêchent toujours les victimes d'accéder à la justice. Il s'agit notamment de difficultés à accéder à des informations, du coût des procédures judiciaires et de normes de fond et de procédure.

Malgré la situation décrite ci-dessus, la juridiction en droit international sert essentiellement d'expression de la souveraineté. À cet égard, la juridiction sert de lieu doctrinal qui empêche la reconnaissance et l'exécution des droits humains extraterritoriaux.¹¹ Aussi, la détermination d'une juridiction d'un pays d'après les activités exercées par ses entreprises nationales (ou leurs filiales) à l'étranger a été un point sensible.

La jurisprudence a progressivement reconnu les notions de « territoire » et de « juridiction » comme deux concepts distincts et séparés.¹² Aussi, dans le futur instrument il faudra remplacer l'expression « territoire et juridiction » par « territoire et/ou « juridiction »

En ce qui concerne le débat sur les entreprises et les droits humains, il est particulièrement important d'établir si les États ont l'obligation de protéger les droits humains en dehors de leur territoire national. Cette question implique deux autres aspects : i) la question d'une juridiction prescriptive ayant effets extraterritoriaux ou le fait pour les États de devoir adopter une législation avec des répercussions extraterritoriales et ii) une juridiction adjudicative, ou le fait que les États devraient autoriser les tribunaux nationaux à recevoir des plaintes relatives à des faits commis à l'étranger.¹³

De manière générale, les organismes pour les droits humains au sein des Nations unies ont sans cesse indiqué que les États devraient prendre des mesures pour prévenir les violations des droits humains commises à l'étranger par des entreprises régies par les lois de ces États ou dont le siège/la domiciliation se trouve dans leur juridiction.¹⁴ Cette position sur la portée extraterritoriale du devoir de protection de l'État, telle qu'elle est mentionnée dans le Droit international des droits de l'homme, est soutenue par la Cour internationale de justice elle-même.

En 2017, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies a adopté son Observation générale n° 24, dans laquelle il précise et rappelle les obligations incombant aux

11 Sur ce sujet, le Principe de Maastricht numéro 25 précise la portée de l'obligation de l'État quant à la protection face aux sociétés. Les documents du Consortium ETO, les principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans les domaines des droits économiques, sociaux et culturels sont disponibles à l'adresse :

https://www.etoconsortium.org/nc/en/main-navigation/library/maastricht-principles/?tx_drblob_pi1%5BdownloadUid%5D=23

12 Olivier De Schutter, *International Human Rights Law (Droit international des droits de l'homme)*, Cambridge, (2002).

13 *ibid.* p. 187.

14 Comité des droits économiques, sociaux et culturels, « Observation générale No. 14 (2000) : Droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint (Art. 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) », E/C.12/2000/4 (2000), paragraphe. 39; Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Observation générale No. 15 (2002): Droit d'accès à l'eau potable (Arts. 11 et 12 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) » E/C.12/2002/11, (26 novembre 2002), paragraphe 31.

États en vertu du Pacte. Il réaffirme ainsi que « les obligations des États parties au titre du Pacte ne s'arrêt[ent] pas aux limites du territoire national ». Les États parties sont tenus de « prendre les mesures nécessaires pour empêcher que des violations des droits de l'homme ne soient commises à l'étranger par des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou relevant de leur juridiction (c'est-à-dire des entreprises constituées en vertu de leur législation ou dont le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal lieu d'activité se situent sur leur territoire), sans porter atteinte à la souveraineté des États hôtes ni diminuer les obligations de ceux-ci au titre du Pacte » (paragr. 26). En citant ces obligations, le Comité précise également indirectement le degré de compétence des États parties et de leurs juridictions vis-à-vis des sociétés.

Les notions de compétence et de lieu de domiciliation des entreprises ont également été clarifiées par le Conseil de l'Europe dans sa Recommandation de 2016¹⁵, qui renvoie, dans de nombreux paragraphes, à la domiciliation des entreprises commerciales dans le ressort des États membres du Conseil de l'Europe¹⁶.

L'avant projet contribue à définir les critères visant à établir un lien entre les sociétés et l'État dans le ressort duquel elles sont situées. L'article 5, qui traite de la compétence juridictionnelle, précise les circonstances dans lesquelles les États ont compétence dans des différends découlant d'une violation de la Convention (et explique ainsi l'étendue de l'obligation des États de réglementer également leurs propres entreprises). Il dispose que deux catégories d'États doivent être considérées comme ayant compétence dans les violations des droits humains visées par le texte :

- les États dans lesquels des actes ou des omissions ont été commis ;
- les États dans lesquels « la personne physique ou morale ou l'association de personnes physiques ou morales » sont domiciliées.

La première hypothèse instaure le critère standard utilisé pour déterminer la compétence territoriale pour les infractions commises sur le territoire de l'État. La seconde mérite quant à elle un examen plus attentif afin de tirer des conclusions sur la signification du critère qu'elle propose.

Le second critère met en évidence le point fondamental de l'article 5 de la proposition de projet : **la notion de « domiciliation » d'une société**. Le traité dispose que les juridictions de l'État où l'entreprise est **domiciliée** peuvent être saisies de toute demande à l'encontre d'une société pour violation des droits humains.

Historiquement, le lieu de domiciliation a été défini de différentes manières selon les systèmes juridiques dans le cadre du droit international privé. En règle générale, les systèmes de *Common Law* privilégient le critère de « constitution en société » pour définir la domiciliation d'une société, et donc les juridictions compétentes et le droit applicable¹⁷.

La tradition du droit civil diverge partiellement du système américain, comme le montrent bien les Règlements européens Bruxelles I (refonte) et Rome II, qui fixent les principes de compétence et de droit applicable aux litiges civils. En vertu de ces règlements, une entreprise est « domiciliée » là où est situé son « siège statutaire », son « administration centrale » ou son « principal établissement »¹⁸. Ainsi, en vertu des articles 6 et 63 du Règlement n° 1215/2012 (Bruxelles I), toute personne étrangère, par exemple un travailleur dont les droits auraient été violés par une multinationale, peut saisir le tribunal d'un État membre si le principal établissement, le siège social ou le siège statutaire de la société mère concernée est situé dans le ressort territorial de ce tribunal. Des travailleurs et citoyens sud-africains se sont ainsi fondés sur cette règle juridique pour saisir, à plusieurs reprises entre 1997 et 1999, les juridictions anglaises contre Cape plc, une entreprise britannique qui travaillait avec de

15Conseil de l'Europe, Recommandation CM/REC(2016)3 du Comité des Ministres aux États membres

16*Ibid.*, paragr. 13

17Voir : Cour suprême des États-Unis, *Kiobel contre Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. 108 (2013) et Cour suprême des États-Unis, *Daimler contre Bauman*, 571 U.S. (2014)

18Art. 63, Règlement n° 1215/2012 du Parlement européen. Les sociétés et les personnes morales sont considérées comme étant domiciliées là où se situe leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement.

l'amiante en Afrique du Sud¹⁹.

Par ailleurs, l'article 7, al. 5 du Règlement Bruxelles I dispose qu'une personne domiciliée dans un État membre peut être atraite dans un autre État membre « s'il s'agit d'une contestation relative à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement, devant la juridiction du lieu de leur situation ».

La Cour de justice de l'Union européenne soutient que les termes « branche, agence ou autre établissement » ne renvoient pas à des situations juridiques particulières, mais impliquent plutôt :

- la dépendance de l'établissement secondaire vis-à-vis de la société mère, et
- le degré de participation de l'établissement secondaire à la conclusion des transactions commerciales effectuées²⁰.

Il est intéressant de noter par ailleurs qu'en vertu du droit de la concurrence de l'Union européenne, le Tribunal de l'UE précise qu'il est possible d'imputer les actes d'une filiale à sa société mère lorsque la filiale en question ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique les instructions qui lui sont données par la société mère²¹. Dans le cas particulier où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital d'une filiale qui a violé les règles de concurrence de l'UE, il existe une présomption contestable selon laquelle la société mère exerce une influence réellement déterminante sur sa filiale²².

La proposition de projet **fixe quatre critères alternatifs (« ou ») pour définir le lieu de domiciliation d'une société**. Les trois premiers sont ceux définis par le Règlement Bruxelles I et repris par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels : le siège statutaire, l'administration centrale ou le principal établissement.

Le projet élargit la notion de compétence en ajoutant à la liste des critères définissant le lieu de domiciliation d'une personne morale les filiales, agences, organes, branches et représentations. L'ajout de la formule « *et autres établissements* » donnera davantage de souplesse à cette disposition. Si cet élargissement n'est pas encore appliqué dans le domaine des droits humains, il est déjà bien connu et répandu dans d'autres branches du droit (p. ex., le droit de la concurrence de l'UE).

Il ne ressort cependant pas clairement de la proposition de projet si cette conception élargie du « lieu de domiciliation » des personnes morales sera suffisante pour établir la responsabilité de l'entreprise, étant donné la subsistance d'autres obstacles, tels que la doctrine du « voile social » dans le cas de violations commises par les filiales²³. Il est donc fondamental que l'article 5 soit directement relié et rappelé à l'article 10 sur la responsabilité.

Par ailleurs, le texte aurait pu mieux préciser que les juridictions nationales des États parties pouvaient exercer leurs compétences dans les cas de violations des droits humains commises par des entreprises, même en l'absence de domiciliation du défendeur dans le ressort de l'État concerné, lorsqu'il n'existe pas de mécanisme permettant de garantir efficacement un procès équitable et qu'un lien suffisamment étroit avec l'État concerné est établi. En d'autres termes, il devrait reconnaître explicitement la compétence fondée sur le déni de justice (ou *for de nécessité*), qui découle du devoir de chaque État de veiller à ce que les victimes de violations transnationales des droits humains ne soient pas privées de voies de recours juridictionnelles²⁴.

19Guide « Entreprises et violations des droits humains : un guide sur les recours existants à l'attention des victimes et ONGs » de la FIDH, *op. cit.*, p. 250

20CJUE, *A. De Bloos SPRL contre Société en commandite par actions Couyer*, octobre 1976, affaire n° 14/76

21TUE, *ENI SpA contre Commission européenne*, juillet 2011, affaire n° T-39/07

22Geert Van Calster, nov. 2014, « The Role of Private International Law in Corporate Social Responsibility », *ELR*, n° 3

23O. De Schutter, 2005, « The Accountability of Multinationals for Human Rights Violations in European Law ». In : P. Alston (éd.), *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford University Press, p. 276.

24La Commission européenne a suggéré d'ajouter une disposition relative au for de nécessité dans la réforme du Règlement Bruxelles I de 2010. Cette proposition a été rejetée par les États

Dix États membres européens (les Pays-Bas, l'Autriche, la France, la Pologne, l'Allemagne, le Luxembourg, la Belgique, le Portugal, l'Estonie et la Roumanie) se sont déjà dotés de dispositions nationales sur le *for de nécessité*, qui pourraient servir de modèle au futur instrument²⁵.

Enfin, lorsqu'un État membre possède ou contrôle une entreprise commerciale ou passe un marché avec une telle entreprise en vue de la prestation de services publics, il doit s'assurer de la possibilité pour ses juridictions nationales d'être saisies d'actions civiles liées aux violations des droits humains qu'elle pourrait commettre, et veiller à éviter d'invoquer des privilèges ou immunités.

La proposition de projet fait valoir une notion élargie de la compétence fondée sur les interprétations les plus récentes de la doctrine juridique et sur une lecture cohérente d'autres branches du droit applicables. Ceci marque un grand pas en avant dans l'effort visant à réduire les vides juridiques en matière d'accès à la justice dans les cas de violations des droits humains commises par des entreprises.

Pour être efficace cependant, le futur instrument devra éliminer les obstacles à l'accès à la justice liés à l'application de la doctrine du « voile social » dans les cas de violations des droits humains commises par des entreprises dans le cadre de leurs activités.

Pour combler ces lacunes, comme l'a fait remarquer par exemple l'Observation générale n° 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, il serait envisageable d'imposer un devoir de vigilance à la société mère, et d'instaurer ainsi une réglementation à effets extraterritoriaux imposant une responsabilité directe à cette dernière pour manquement à son obligation d'empêcher les violations commises par les entreprises faisant partie de sa chaîne de valeur²⁶. C'est pour cette raison que la disposition doit être lue en conjonction avec l'article 9 sur la prévention, et être expressément visée par l'article 10 sur la responsabilité (voir ci-dessous).

Loi applicable

Une fois la compétence déterminée, quelle loi la cour doit-elle appliquer au litige ?

En règle générale, chaque pays détermine la loi applicable conformément à ses propres règles de droit international privé²⁷.

Le projet ne fixe pas de règle générale relative au choix de la loi applicable (à l'exception des membres. Voir

[http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com\(2010\)0748/_com_com\(2010\)0748_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/com/com_com(2010)0748/_com_com(2010)0748_fr.pdf) (articles 25 et 26).

²⁵Voir http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_residual_jurisdiction_en.pdf

²⁶Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, Observation générale n° 24 (2017) sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises, août 2017, E/C.12/GC/24 et O. de Schutter, 2015, « Towards a New Treaty on Business and Human Rights », *Business and Human Rights Journal, Cambridge*, vol. 1, p. 51-52.

²⁷ Au sein de l'UE, le Règlement Rome II (CE) n° 864/2007 répond à cette question pour les obligations non contractuelles. Il dispose que, d'une manière générale, c'est le droit de l'État où le dommage direct est survenu (*lex loci damni*) qui est applicable, à deux exceptions près : i) lorsque les parties ont leur résidence habituelle dans le même pays ; et ii) lorsqu'il résulte des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays. L'expérience montre qu'il peut être difficile, voire impossible, de déterminer avec précision le lieu où le dommage direct est survenu (*lex loci damni*). Par ailleurs, la victime connaît parfois mieux le droit de son pays de résidence ou du lieu où le fait générateur du dommage est survenu que le droit de l'endroit où le dommage est survenu, c'est-à-dire de l'endroit où les effets de la violation ont été ressentis. Enfin, la détermination des conséquences directes et indirectes de l'événement préjudiciable, telles que mentionnées dans l'article 4, al. 1 du Règlement Rome II, présente une certaine difficulté d'interprétation, puisque le dommage direct peut survenir dans plusieurs États à la fois.

règles de procédure), ce qui signifie que les dispositions nationales de droit international privé devront être appliquées, comme c'est normalement le cas avec d'autres traités internationaux relatifs aux droits humains. Ces règles prévoient généralement qu'est applicable le droit du lieu où le dommage direct est survenu ou le droit du lieu où l'acte ou l'omission préjudiciables ont été commis.

Toutefois, dans l'optique de protéger les victimes et compte tenu des lacunes en matière d'application des principes *lex loci damni* et *lex commissi delicti*, le projet prévoit une exception en permettant aux victimes de demander à la juridiction d'appliquer la loi de l'État dans lequel l'entreprise est domiciliée.

Si la victime saisit la juridiction A, elle peut demander à ce que soit appliqué le droit du pays B. En résumé, cela signifie que le droit du pays où l'entreprise est domiciliée peut presque toujours être appliqué, sur demande de la victime, lorsqu'il protège davantage ses droits, même lorsqu'elle saisit les juridictions d'un autre État (ce qui peut être plus facile pour elle, en matière de connaissance du système, de représentation, de langue et de moyens financiers).

L'inscription dans la proposition de projet de la possibilité pour la victime de choisir le droit applicable est un aspect positif, conforme au principe *pro homine*, qui donnera concrètement aux victimes la possibilité de choisir le cadre législatif le plus protecteur en cas de litige, tout en saisissant le système judiciaire qu'elles connaissent le mieux. Ce principe doit toutefois être clairement coordonné avec les traités internationaux existants.

Mécanisme de recours et de mise en œuvre

Comment seront assurés le contrôle et la mise en œuvre de l'instrument ?

L'une des lacunes les plus répandues et les plus reconnues du cadre international actuel régissant les activités des sociétés est l'absence d'accès effectif à la justice et aux voies de recours, en raison d'obstacles à la fois juridiques et pratiques²⁸. Ceci peut être imputé, entre autres raisons, à l'absence de mécanisme de recours international efficace doté de pouvoirs d'enquête et de sanction ou de juridiction internationale capable de mettre les entreprises et les États face à leurs responsabilités en cas de non-respect de leurs devoirs et obligations respectifs, qui interviendraient lorsque les États sont peu enclins ou incapables de fournir aux victimes des voies de recours effectives en cas de préjudice.

De nombreux mouvements sociaux et organisations internationales ont vu le processus actuel d'adoption d'un instrument contraignant comme une occasion de combler ces lacunes.

La FIDH, en particulier, a souligné à plusieurs reprises la nécessité pour tout futur instrument d'inclure un mécanisme international chargé de veiller efficacement au respect du devoir de protection des États, qui aurait le pouvoir d'agir en complémentarité avec les systèmes nationaux et régionaux pour enquêter sur les allégations d'abus commis par des sociétés à travers des visites dans les pays, mais aussi la capacité de recevoir des communications sur des affaires particulières et de prendre de décisions contraignantes et opposables²⁹.

Le projet propose de mettre sur pied un comité d'experts chargé de contrôler l'efficacité de l'application du traité par les États parties. En vertu de l'article 14, le comité exercera les fonctions suivantes :

- formuler des commentaires sur l'application de la Convention ;
- émettre des observations et recommandations sur les rapports soumis par des tiers ;
- fournir une assistance aux États parties en matière de collecte et de communication d'informations ;
- présenter un rapport annuel à l'Assemblée générale des Nations unies ;
- éventuellement recommander à l'Assemblée générale de réaliser des études sur certaines questions.

²⁸FIDH et Réseau-DESC, *Ten Keys Proposals for the Treaty*, op. cit.

²⁹*Ibid.*, Déclarations et propositions

Par ailleurs, le Président a publié un projet de protocole facultatif à la Convention proposée, axé sur l'exécution et la mise en œuvre de la Convention³⁰. Ce texte étend les fonctions du Comité et prévoit la création d'un mécanisme national de mise en œuvre pour favoriser le respect de l'instrument à l'échelle nationale.

Le fait que ces dispositions figurent dans un Protocole facultatif donne aux États la possibilité d'y déroger. Au regard du besoin susmentionné de combler les lacunes en matière d'accès aux voies de recours en cas d'abus des sociétés, **nous estimons que la version actuelle du projet présente ici une sérieuse lacune.**

La création de mécanismes nationaux de mise en œuvre de cette nature pourrait représenter un aspect innovant proposé par le Président du groupe de travail pour l'exécution de l'instrument. **Ce dernier devrait toutefois viser plus clairement les Principes de Paris et reposer intégralement dessus pour éviter que les États n'interrompent leurs efforts de mise en œuvre de ces principes.** Par ailleurs, il est important pour l'instrument de garantir l'autonomie totale du mécanisme (et non seulement une autonomie fonctionnelle). Certaines formulations semblent en outre manquer de vigueur dans plusieurs passages du texte. La possibilité semble en effet donnée aux États de choisir de mettre en œuvre ou non un mécanisme national (l'article 6 dispose ainsi mollement que : « les États parties peuvent reconnaître »).

Le Protocole facultatif donne au Comité le pouvoir de recevoir des communications individuelles et de mener des enquêtes confidentielles. S'il s'agit-là d'un ajout satisfaisant au premier projet de traité inspiré par le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), **les dispositions sur les mesures provisoires et sur toute la procédure d'examen des communications et de suivi font en revanche défaut (art. 8, 9 et 12 du Protocole facultatif se rapportant au PIDESC). Cette lacune doit être comblée, puisque dans sa version actuelle, le mécanisme n'est pas en mesure de garantir un suivi aux personnes ou organisations soumettant une communication, ce qui compromettra considérablement l'efficacité du Comité lui-même.**

La proposition de projet prévoit également la création d'une Conférence des États parties (CEP), endossant le rôle d'organe de contrôle du traité. Elle ne contient toutefois aucune modalité ou disposition concernant les représentants à cette Conférence. Ceci est regrettable, puisque la plupart des autres traités créant de tels organes fournissent des orientations de cette nature. Il est courant pour chaque représentant d'être assisté par des conseillers et des experts. De même, il n'est pas précisé comment la CEP évaluera les qualifications des représentants. Il est monnaie courante, au sein des organisations internationales, de former un sous-comité à cette fin ou de déléguer cette responsabilité au Comité.

La proposition de projet ne contient pas de dispositions précises concernant les observateurs et les règles de procédure applicables au sein de la CEP. Les ONG et mouvements sociaux ont occupé une place centrale dans le processus relatif au groupe de travail intergouvernemental et exercé des pressions pour assurer sa progression et la participation en toute bonne foi des délégations nationales, ainsi que leur contribution significative à son travail³¹. En particulier, la participation au processus des communautés touchées et de leurs représentants constitue un élément important de la discussion, puisque cela a permis de faire entendre leurs voix auprès des délégations à Genève. **Afin d'institutionnaliser davantage cette participation, les rédacteurs devraient valoriser cette tendance et prévoir la consultation obligatoire dans le cadre de la CEP d'organisations représentant les victimes et les communautés touchées. Ils pourraient pour cela s'inspirer de la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées, et indiquer que les « États Parties consultent étroitement et font activement participer les personnes et communautés touchées par les activités des entreprises à caractère transnational, par l'intermédiaire des organisations qui les représentent ».**

³⁰<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session4/ZeroDraftOPLegally.pdf>

³¹Voir différentes lettres ouvertes et autres observations de l'Alliance pour un traité, à l'adresse suivante : <http://www.treatymovement.com/resources/>

Enfin, les pouvoirs de la CEP ne sont que très vaguement décrits dans le projet actuel : « examiner toute question relative à la mise en œuvre de la Convention, y compris toute évolution nouvelle vers la réalisation de ses objectifs ». La FIDH estime que le futur traité devrait préciser et détailler davantage les pouvoirs de la CEP afin de garantir l'efficacité et l'utilité de son travail. Par exemple, la CEP pourrait non seulement contrôler la mise en œuvre de la Convention, mais aussi évaluer le respect de ses dispositions par les États à partir du rapport annuel du Comité, examiner et adopter des recommandations concernant l'exécution et le fonctionnement de cette Convention, et appliquer des recours spécifiques en cas de non-respect.

Droits des victimes

Comment cet instrument va-t-il accorder aux victimes une protection et un accès à une réparation efficace ?

L'avant-projet proposé met de manière légitime les droits des victimes au cœur du futur instrument et la définition de la victime de l'article 2 renvoie mot à mot au principe 8 des « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours » de l'Assemblée générale des Nations unies .

Comme souligné par la FIDH dans les *Dix propositions clés pour le traité*, il est essentiel que le futur instrument bâtit sur les Principes fondamentaux concernant le droit à un recours des Nations unies et sur l'évolution de la loi internationale et expose en détail la notion importante du recours comme un vaste concept qui implique réparation, restitution, réhabilitation, satisfaction, indemnisation et garantie de non-répétition. Il n'est pas inutile de noter que l'avant-projet proposé rappelle non seulement une telle proposition, mais va au-delà et fait spécifiquement mention de la réparation environnementale et de la restauration écologique comme faisant partie du droit au recours sous le traité. **Le futur instrument devrait aussi clarifier que la réparation soit orientée vers la victime, non discriminatoire et sensible au genre. Ceci a d'importantes implications pour les dynamiques de genre et la réparation qui devrait être prise en compte par les tribunaux et d'autres organismes.**

Aussi, l'article 8 de l'instrument proposé énumère-t-il davantage les droits procéduraux des victimes qui sont particulièrement importants dans les procès liés au monde des affaires et aux droits humains, où l'écart entre le pouvoir des deux parties est considérable et où la victime a des moyens limités à sa disposition pour recueillir les preuves qui permettraient de faire entendre sa plainte devant un organisme judiciaire. La disposition qui exige aux États de fournir aux victimes un accès à l'information est particulièrement importante, étant donné que c'est un aspect clé dans de nombreux procès liés aux entreprises et aux droits humains. Par ailleurs, la protection accordée aux victimes et leurs familles et représentants en vertu des paragraphes 11 et 12 de l'avant-projet proposé est importante et absolument nécessaire dans un contexte où souvent les sociétés et les autorités menacent ou persécutent davantage les communautés, individus et familles affectées qui font part de leurs inquiétudes concernant la légalité de leurs opérations.

De manière générale, l'article 8 de l'avant-projet est un pas positif vers une meilleure considération des individus et des communautés touchées par le débat concernant les entreprises et les droits humains. Beaucoup de ces dispositions, si elles sont correctement mises en application, vont contribuer à remplir les lacunes existantes et à éliminer les obstacles à l'accès au recours et à la justice dans ce domaine spécifique.

Cependant, le langage utilisé par le rédacteur est parfois très faible et risque de saper l'impact de ces dispositions. La formulation doit être renforcée afin d'accorder une protection efficace aux victimes d'un traitement abusif de la part des entreprises. Par exemple, « *facilitate access to information and international cooperation* » (faciliter l'accès à l'information et à la coopération internationale) devrait devenir « *ensure access to information and international cooperation* » (garantir accès à ...), puis « *States shall provide effective mechanisms for the enforcement of remedies* » (les États mettront à disposition des mécanismes efficaces pour l'application des recours) au paragraphe 8 devrait être « *States shall effectively enforce*

remedies » (les États appliqueront des recours de manière efficace).

Par ailleurs, étant donné que les droits des victimes peuvent seulement être entièrement appliqués par le biais de tribunaux indépendants au niveau national et/ou par un mécanisme de plainte individuel au niveau international, cet avant-projet devrait compléter les dispositions exposées à l'article 8 et faire mention de l'obligation de l'État de mettre en place un système judiciaire indépendant et impartial ainsi qu'une clause de sauvegarde, si cela n'est pas le cas.

Un autre élément problématique à l'article 8 de l'avant-projet proposé est le renvoi récurrent au droit national (para. 4 et 5), car ce renvoi conditionne la reconnaissance des droits des victimes aux dispositions du droit national et permet aux États de faire des exceptions dans l'attribution des tels droits, et ce de manière parfaitement discrétionnaire. Cela doit être corrigé pendant la négociation pour éviter de saper la force de l'obligation et de réduire l'utilité de tels instruments dans la protection des victimes des abus des droits humains. Les obligations des États envers les victimes telles qu'elles ont été définies dans le droit international devraient être réaffirmées comme une garantie de protection et de mise en valeur efficaces des droits des victimes. Les dispositions du traité devraient guider le droit national, au lieu d'y être subordonnées.

Nous rappelons que dans de nombreux cas, les lois nationales ont été adoptées dans le but de favoriser les opérations économiques qui violent les droits humains. Ceci peut prendre plusieurs formes, par exemple, en exigeant la confidentialité des activités commerciales, en empêchant les victimes d'accéder à l'information ou même en criminalisant le travail de leurs représentants et des défenseurs des droits humains. Soumettre de telles dispositions aux lois nationales constitue l'une des faiblesses les plus importantes du présent instrument et pourrait saper entièrement son but.

Bien sûr, ceci ne s'applique pas aux cas où le droit national offre plus de protection que le traité. À cet égard, le traité pourrait tout simplement inclure une disposition qui indique que les dispositions de la Convention ne portent pas préjudice à tout instrument international ou législation nationale qui contient ou peut contenir des dispositions dont l'application est plus large.³²

Par ailleurs, même si le fait de mettre les victimes au centre est un pas important, le futur instrument ne devrait pas oublier les individus qui seront potentiellement touchés par des activités des entreprises, mais qui n'ont pas encore souffert de manière concrète, sinon il risque de conduire à une application restreinte de tels droits et de la protection accordée par le traité.

Défenseurs des droits humains

Avant la séance de l'année dernière, la FIDH avait aussi recommandé que le futur instrument réaffirme, dans un langage plus clair et plus fort, l'obligation pour les États de protéger les défenseurs des droits humains dans le contexte des activités des entreprises et de s'étendre sur la déclaration des Nations unies sur les défenseurs des droits de l'homme A/RES/53/144), sur la résolution des Nations unies sur les femmes défenseuses des droits humains, sur les rapports du Rapporteur spécial des Nations unies sur la situation des défenseurs des droits humains et sur tout autre instrument international pertinent.

Comme indiqué par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels dans l'Observation générale n° 24 sur les obligations des États en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises : « *Les États parties devraient prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les défenseurs des droits de l'homme et leur action. Ils devraient s'abstenir d'entraver leurs activités, par l'engagement de poursuites pénales ou d'autres moyens.* »

Bien qu'il vise spécifiquement les droits des victimes, il est profondément **regrettable que l'avant-projet proposé ne contienne pas de mention spécifique aux défenseurs des droits humains**. Comme mentionné précédemment par Phil Bloomer et Marya Zorob dans le

³² AG Rés. n° 39/46, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1987).

blog du BHRRC, les défenseurs des droits humains ne rentreront pas complètement dans la définition des victimes telle qu'elle est exposée dans l'avant-projet.³³ Notamment, ceux qui soutiennent les victimes des abus des droits humains, qui enquêtent et dénoncent des violations, qui aident à les arrêter et œuvrent à empêcher leur répétition, vont sortir du champ du traité proposé.

La FIDH plaide pour que de manière transverse, le futur instrument reconnaisse et permette le travail des défenseurs des droits humains, y compris les lanceurs d'alerte, en mettant en exergue le rôle fondamental qu'ils jouent et en rappelant les obligations des États :

- d'établir des mesures spécifiques pour protéger les défenseurs des droits humains contre toute forme de criminalisation et d'obstacle quant à leur travail, et surtout en matière de violence contre les défenseurs féminins des droits humains et des droits des femmes ;
- de mettre en place une protection améliorée et des sanctions dissuasives contre les abus de droits par les entreprises, dans le but de poursuivre en justice les défenseurs de droits humains, y compris les lanceurs d'alerte ;
- de protéger les défenseurs des droits humains contre toutes ces formes d'attaque et de s'abstenir de criminaliser leur travail légitime à travers des lois restrictives ou ambiguës, telles que les lois relatives à la sécurité nationale, au contre-terrorisme ou à la diffamation, qui entravent le travail des défenseurs des droits humains.³⁴

Voir la prise de position collective sur l'intégration de protections pour les défenseurs de droits humains élaborée par la FIDH et d'autres organismes dans le cadre du Réseau DESC.

Prévention

Comment empêcher de telles violations de se produire ?

Le consensus généré autour du concept de la diligence raisonnable en matière de droits humains (*Human Rights Due Diligence* - HRDD) a stimulé quelques changements dans le comportement des entreprises et dans les instruments législatifs (voir comme exemple la loi française sur le *Devoir de vigilance*)³⁵ et représente un bon outil à travers duquel les états et les entreprises peuvent identifier, empêcher, atténuer et rendre compte des maux qu'ils peuvent occasionner, même partiellement ou directement.³⁶

La responsabilité des entreprises de mettre en place la HRDD reflète le devoir des États d'exiger que les entreprises adoptent la HRDD en tant qu'une mise en application de leur propre devoir de protéger les droits humains selon le droit international. Les Principes directeurs ont déjà clarifié que la HRDD ne renvoie pas uniquement aux activités propres de l'entreprise, mais aussi aux activités de ses fournisseurs et que cela constitue une « relation commerciale » sur laquelle l'entreprise peut avoir une influence.

L'Article 9 de l'avant-projet fait état de l'obligation des États d'adopter une législation de diligence raisonnable obligatoire pour des entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou dans leur juridiction.

³³<https://www.business-humanrights.org/en/another-step-on-the-road-what-does-the-“zero-draft”-treaty-mean-for-the-business-and-human-rights-movement>

³⁴Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies sur l'observation générale n° 24, *op. cit.*, para. 48,

³⁵ Loi n° 2017 - 399, adoptée en mars 2017

<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte>

³⁶Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (2011) Principes n° 17-21 ; R. McCorquodale, *Human Rights Responsibilities and Due Diligence*, in S. Deva, D. Bilchitz (eds), *Bulding a Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge, (2018) p. 216 e ss.; FIDH et ESCR-net, *Ten Key Proposals for the Treaty*, *op. cit.*, p. 56. Les Principes directeurs (UNGPs) ne contiennent pas de définition précise du concept de diligence raisonnable en matière de droits humains, mais le principe 17 en clarifie les éléments principaux : évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits humains, regrouper les constatations et leur donner une suite, suivre les mesures prises, faire savoir comment il est remédié à ces incidences, s'assurer que ces éléments s'exercent en permanence.

Le texte proposé clarifie davantage l'obligation des États de réguler les activités de leurs propres entreprises à l'étranger (voir le paragraphe plus haut sur la *Jurisdiction*) et fait de la HRDD une partie du devoir de l'État de protéger les droits humains contre la conduite des tierces personnes. De surcroît, la disposition réaffirme et renforce ce qui a déjà été énoncé dans les Principes directeurs : la HRDD doit identifier les risques des violations avérées ou potentielles des droits humains liées aux activités des entreprises, mais ces risques sont des risques pour les individus et les communautés et non des risques pour l'entreprise (néanmoins, le langage utilisé doit être plus cohérent : l'avant-projet parle en même temps de « violations des droits humains » et d' « impacts »).

L'avant-projet représente un pas en avant par rapport aux éléments présentés en octobre 2017 et reflète les recommandations que la FIDH avait faites dans sa soumission à la 3e séance, où elle a souligné l'importance d'inclure dans la portée de la HRDD toutes les entreprises qui interviennent dans la relation commerciale et non seulement les filiales. L'avant-projet précise la portée de la diligence raisonnable, ce qui comprend les activités des filiales et des entités qui tombent sous le contrôle (direct ou indirect) de l'entreprise ou qui sont directement liées à ses produits, opérations ou services. Ceci rappelle directement la notion de la « relation commerciale » avancée par les Principes directeurs et par les principes directeurs de l'OCDE et est interprété comme étant applicable à toute la chaîne de valeur (fournisseurs et sous-traitants).

Qui plus est, l'avant-projet fait le lien entre manquement de respecter la disposition HRDD et responsabilité et indemnisation. L'existence de sanctions adéquates et de la responsabilité pour le non-respect de la HRDD est fondamentale pour rendre efficace la disposition HRDD.

Le texte actuel pourrait être plus explicite quant au lien entre le manquement de respecter les obligations de diligence raisonnable et la responsabilité de l'entreprise, par exemple, il pourrait lier explicitement l'article 9 à l'article 10.6.c.

Une note positive dans l'avant-projet proposé se caractérise par l'inclusion d'évaluations pré- et post-impact dans la définition de la HRDD, ainsi que par le fait de contraindre les entreprises d'entreprendre des consultations constructives avec les groupes potentiellement touchés. Sur ce point, cependant, le texte devrait clarifier que les consultations peuvent aussi inclure des individus et des défenseurs de droits humains et que, afin de les rendre constructives, les positions exprimées lors du processus de consultation doivent être communiquées de manière transparente et prises en compte par l'entreprise lors de sa prise de décision.

Sur le besoin spécifique de tenir compte de la condition des femmes dans les études d'impact et les consultations, voir pour plus de détails la contribution de *Feminists for a Binding Treaty*, également signée par la FIDH.

L'avant-projet omet totalement d'aborder la composante corrective de la HRDD afin qu'elle représente un bon outil pour non seulement empêcher les abus d'avoir lieu, mais aussi pour atténuer, arrêter et réparer les abus qui ont déjà été commis.

La HRDD ne devrait pas seulement identifier et empêcher les violations avérées ou potentielles des droits humains, elle devrait aussi constituer une base qui permette à l'entreprise d'atténuer et d'agir pour réparer de telles violations, comme il a été clarifié par les conseils de diligence raisonnable pour une conduite responsable des entreprises récemment adoptés par l'OCDE (*Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*).³⁷ Cette disposition du traité devrait, donc, tenir compte de cette composante fondamentale de la HRDD. Identifier une violation des droits humains sert non seulement à l'empêcher d'avoir lieu, mais aussi à l'arrêter ou à l'atténuer quand elle a déjà eu lieu ou est en cours. Enfin, comme déjà soutenu par les experts, quand l'entreprise se rend compte qu'elle a provoqué ou contribué à une violation des droits humains, elle devrait s'occuper de la violation et assurer sa réparation ou coopérer dans le processus de réparation. **L'adoption de dispositions relatives à l'atténuation ou la réparation par les entreprises est importante afin de permettre la cessation immédiate de la violation. Ceci ne devrait pas saper le caractère préventif de la HRDD ni exempter l'entreprise des sanctions qui résultent du non-respect des règles de HRDD.** L'atténuation et la réparation sont des étapes fondamentales et

³⁷Adoptée en mai 2018, voir <http://mneguidelines.oecd.org/OECD-Due-Diligence-Guidance-for-Responsible-Business-Conduct.pdf>

complémentaires de la responsabilité des entreprises et devraient être une composante nécessaire de l'obligation à effectuer la HRDD.

Enfin, l'avant-projet prévoit la possibilité pour les États d'exempter les petites et moyennes entreprises (PME) des obligations de HRDD. Même si la disposition sur la possibilité d'accorder une dérogation aux PME pourrait être utile dans certains cas limités, elle ne pourra pas dépendre de la discrétion d'un seul État Partie. De surcroît, la dérogation ne devrait pas être utilisée par des filiales qui font partie de groupes transnationaux dans le but d'échapper à leurs obligations sous le traité. Celle-ci doit être spécifiquement justifiée et conforme à certains critères généraux et uniformes et des règles procédurales fixés par le traité lui-même ou par la Conférence des États Parties en coopération avec la société civile et conformément au principe de non-discrimination.

Zones touchées par des conflits

L'histoire montre que dans une situation de conflit les acteurs commerciaux ont tendance à exploiter la dure réalité des gens sur le terrain afin de créer une occasion de faire des affaires. De la même façon, les États ont souvent utilisé les entreprises afin de perpétuer leurs violations du droit international. Quelques initiatives de droit non contraignant tiennent compte déjà des abus par les entreprises des droits humains dans des situations touchées par le conflit, y compris les Principes directeurs n° 7 et 23, le Document de Montreux et les Principes directeurs de l'OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit.

C'est un élément positif qu'après nos demandes répétées, le présent avant-projet tient compte du lien entre **les abus des droits humains par les entreprises et les situations touchées par le conflit dans l'article 15 sur les dispositions finales**. Cependant, cette disposition est trop faible pour être efficace, car elle demande seulement que les États prêtent une « *special attention* » (attention particulière) sans définir davantage le périmètre de cette obligation.

Le futur instrument doit s'étendre sur les obligations déjà existantes dans le Droit international humanitaire³⁸ et sur les principes et notions qui ont été ratifiés au niveau intergouvernemental. Aussi, l'instrument doit-il faire en sorte que les États fournissent des conseils aux entreprises afin de les aider à **identifier et empêcher** les risques de violations des lois internationales dans les zones touchées par le conflit.

Plus spécifiquement, l'article 9 sur la Prévention devrait obliger les États à imposer une « **enhanced due diligence** » (**diligence raisonnable renforcée**) **aux entreprises dans les situations touchées par le conflit**. Il est important que la diligence raisonnable renforcée exige des mesures plus urgentes et immédiates afin d'empêcher que les entreprises n'engagent des activités dans des contextes où des violations structurelles et systématiques ont lieu, prévoient des politiques de désinvestissement ou de désengagement quand il y a un risque d'aggravation ou de contribution à des violations des droits humains. Cette diligence raisonnable renforcée devrait aussi exiger des consultations avec des organisations de la société civile (CSOs), le HCDH et d'autres organismes en tant que préalable à tout début ou maintien d'activité des entreprises dans ces contextes.

Responsabilité

Quelles mesures devraient être imposées par les États aux entreprises qui violent les droits humains ?

L'Article 10.1 stipule qu'une telle responsabilité sera soumise à des sanctions pénales et non pénales efficaces, proportionnelles et dissuasives, y compris des sanctions monétaires. **Les sanctions sont indispensables ; il importe de faire comprendre que la responsabilité n'est pas seulement symbolique, mais doit aussi avoir des conséquences matérielles**. Cependant il est important de souligner que l'indication de sanctions n'est pas limitative. Par exemple, l'article pourrait faire mention de sanctions qui « comprennent, mais qui ne sont pas limitées à des sanctions monétaires, l'interdiction d'accéder aux marchés

38 Pour une analyse plus précise du Droit international humanitaire et de son application aux entreprises, voir https://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc_002_0882.pdf

publics et de recevoir un soutien diplomatique, la dissolution de la personne morale... ».

Aussi, l'article 10.1 devrait préciser clairement que les États « doivent exercer juridiction et garantir que... », ce qui obligerait les tribunaux nationaux à entendre de telles plaintes.

L'article 10.4 comprend un élément relatif au renversement de la charge de la preuve, ce qui est une adjonction positive, car elle est l'un des obstacles principaux affronté par les victimes lorsqu'elles tentent de traduire les acteurs commerciaux en justice. Cependant, cette obligation demeure très vague. Le manque de précision sur les plaintes pour lesquelles la charge de la preuve devrait être renversée pourrait empêcher la mise en application efficace d'une telle disposition.

Plus de précisions sont nécessaires. Par exemple, en ce qui concerne toute tentative de lever le voile social, les victimes doivent généralement apporter la charge de la preuve et, donc, démontrer que la société mère a exercé une influence décisive sur la conduite de la filiale, même si cette dernière appartient à 100 % à la société mère. De la même façon, dans la plupart des États Membres de l'UE, les victimes doivent se charger de démontrer la responsabilité d'une entreprise multinationale par rapport à un préjudice, même si les documents et autres preuves matérielles sont entre les mains de la société mère.

A la lumière des expériences des victimes qui ont cherché à obtenir justice et réparation, l'avant-projet pourrait comporter une obligation plus spécifique qui indique quand le renversement de la charge de la preuve est nécessaire, sans qu'elle dépende entièrement des spécificités du droit national.

Responsabilité civile

Selon le droit international, certaines conventions ont déjà établi la responsabilité civile des entreprises.³⁹ Contrairement à ces instruments internationaux, la présente convention ne traite pas d'un type spécifique de violation, mais vise à établir une norme générale de responsabilité civile à mettre en application par les États dans leur législation nationale.

Pour comprendre si le traité améliore réellement l'accès des victimes à la justice et la réparation, il est important d'analyser les critères que l'avant-projet a identifiés pour établir la responsabilité d'une entreprise. Dans la plupart des cas, les victimes vont tenter de tenir une société mère responsable pour les violations de sa filiale ou dans sa filière d'approvisionnement. Cette démarche servira par conséquent de test pour la reddition de comptes des sociétés mères.

Le Paragraphe 6 de l'article 10 de l'avant-projet proposé énonce les autres critères suivants qui permettraient aux États de tenir les entreprises responsables pour le préjudice occasionné par les violations des droits humains dans le contexte de leurs opérations :

- a. Dans la mesure où elle exerce un contrôle sur les opérations ou*
- b. dans la mesure où elle manifeste une relation suffisamment étroite avec sa filiale ou l'entité dans sa filière d'approvisionnement et quand il y a un lien fort et direct entre sa conduite et le préjudice subi par la victime,*
- c. ou dans la mesure où les risques de violations des droits humains dans sa chaîne d'activité économique ont été prévus ou auraient dû être prévus*

Pour disposer d'une meilleure analyse, il faut regarder les trois critères séparément :

1. Dans la mesure où elle exerce un contrôle sur les opérations

Le premier critère que les rédacteurs ont mis en avant est celui du contrôle. C'est la voie classique déjà empruntée par les tribunaux pour engager la responsabilité directe de la société mère pour les actions des filiales et cette notion a été le sujet de diverses interprétations dans

³⁹Par exemple, la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Convention de Paris) établissent toutes les deux la responsabilité directe des entreprises.

les différents domaines du droit international et dans les juridictions nationales. Même si le contrôle d'une société mère sur sa filiale ou coentreprise peut être évident sur le papier et au regard de la gestion de l'entreprise, les tribunaux n'ont établi la responsabilité de la société mère selon ce critère que dans des cas exceptionnels.⁴⁰ Cette problématique montre le besoin d'une définition précise de contrôle.

2. Dans la mesure où elle manifeste une relation suffisamment étroite avec sa filiale ou l'entité dans sa filière d'approvisionnement et quand il y a un lien fort et direct entre sa conduite et le préjudice subi par la victime

Le deuxième critère établit la responsabilité de l'entreprise dans la mesure où elle manifeste une relation suffisamment étroite avec sa filiale ou l'entité dans sa filière d'approvisionnement et quand il y a un lien fort et direct entre sa conduite et le préjudice subi par la victime. Deux critères sont présents de manière simultanée dans cette disposition et on peut les différencier ainsi :

i) Un critère indique la relation suffisamment étroite entre la société mère et sa filiale ou la société et sa filière d'approvisionnement. Ce critère rappelle le premier et fait référence à la doctrine « alter ego » des États-Unis⁴¹, selon laquelle un tribunal ignorerait le voile social quand l'unité de la propriété et l'intérêt entre les deux sociétés font qu'elles ne sont plus distinctes aux yeux de la loi et que la considération de personnalités distinctes aurait comme résultat la fraude ou l'injustice et que la filiale est reléguée au statut d'*alter ego* de la société mère. Mais les conditions de la doctrine *alter ego* sont incertaines et difficiles à réunir, donc elle n'a été appliquée que dans des cas exceptionnels, et la victime doit prouver que 1) la filiale n'a pas sa propre personnalité légale ; 2) la filiale est utilisée pour exécuter des actions frauduleuses, déloyales ou injustes au profit de la société mère ou actionnaires majoritaires ; et 3) il y a un lien de causalité entre la conduite et le préjudice subi par le plaignant. Les termes employés par le traité vont, cependant, indiquer une approche plus souple qui n'exigerait pas un manque de personnalité légale, mais simplement une relation étroite. Néanmoins, comme déjà cité pour le critère a), **plus de précisions ici seraient bienvenues afin d'empêcher les notions de « contrôle » et de « relation suffisamment étroite » d'être comprises de manière restrictive.**

ii) L'autre critère ajoute un niveau de complexité à la détermination de responsabilité dans la mesure où il exige que le comportement de la société mère ou de la société dans la filière d'approvisionnement ait un lien fort et direct avec le préjudice subi par la victime. Ce critère, qui semble être complémentaire au premier, ajoute une charge de preuve supplémentaire, comme si le lien entre les actions de la filiale ou l'entité dans la filière d'approvisionnement et le préjudice ne suffisaient pas. Dans ce cas, un lien direct et fort supplémentaire au comportement de la société mère elle-même a besoin d'exister. Un tel lien, s'il est défini de manière stricte, pourrait rarement exister dans les relations de la filière d'approvisionnement et même dans la relation avec une filiale. De plus, étant donné que la notion de contrôle déjà citée n'est pas définie, il n'est pas clair de savoir à quel moment le contrôle devrait suffire et, au contraire, à quel moment l'établissement d'un lien au préjudice serait nécessaire.

3. Dans la mesure où les risques de violations des droits humains dans sa chaîne d'activité économique ont été prévus ou auraient dû être prévus

40Par exemple, dans l'affaire dite « Omai », l'entreprise a soutenu que la responsabilité pour la conception, construction et gestion de la mine demeurait avec la filiale (OGML) et que Cambior (la société mère) n'avait pas pris de décision principale qui aurait affecté les opérations quotidiennes de la mine, bien que cet argument ne correspondait pas à la réalité de la structure et du fonctionnement du groupe. Cambior avait le droit de nommer et de modifier la majorité des membres de son conseil et de désigner le président et le vice-président de son conseil ; Cambior pouvait exercer les fonctions quotidiennes de gestion et le faire en sa capacité de directeur nommé. Néanmoins le tribunal de Québec a dit que les preuves disponibles pourraient permettre au tribunal de tirer certaines conclusions préliminaires concernant la responsabilité de Cambior en tant que donneur d'ordre, mais a conclu que ce n'était pas le meilleur forum pour entendre l'affaire. La Cour supérieure du Québec, *Recherches Internationales Québec (Requérante) c. Cambior Inc. L. (Défendant) et Home Insurance et Golder Associes LTEE*, 1998.

41Cour suprême des États-Unis, *Doe c. Unocal*, 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001), p. 926.

Le troisième et dernier critère permet d'établir la responsabilité lorsque les risques de violations des droits humains dans sa chaîne d'activité économique ont été prévus ou auraient dû être prévus. Ce cas fait référence à la forme de « négligence directe » où la responsabilité de la société mère est basée sur son propre manquement au devoir de prendre les précautions nécessaires. Cependant, le texte de l'avant-projet aurait dû clarifier le lien entre les articles 9 et 10. Dans ce cas, le devoir de prendre les précautions nécessaires serait établi quand un risque a été ou aurait pu être prévu dans la filière économique de l'activité de la société et quand la société a manqué à ses obligations de diligence raisonnable.

L'article 10.6.c pourrait représenter une évolution très positive dans le domaine de la responsabilité des entreprises, car il oblige les États à adopter « une réglementation extraterritoriale basée sur les sociétés mères » dont la valeur réside dans le fait qu'il surmonte le problème du voile social, dispensant les victimes des actions des filiales de la charge d'appréhender la séparation entre les différentes entités et d'établir une responsabilité directe avec la société mère qui aurait manqué à ses obligations de diligence raisonnable.⁴²

Ce dernier passage pourrait, cependant, soulever des difficultés d'interprétation, car le concept de « chain » (filiale) d'activité économique n'est pas défini davantage.

Tous ces critères ne seront pas, cependant, faciles à appliquer aux situations où les entreprises ont violé des droits humains, si la victime est obligée de prouver la proximité de la société mère avec la filiale ou au comportement fautif ou le manquement de la société mère de faire preuve d'une diligence raisonnable. La difficulté pour les victimes à prouver de tels éléments est un des obstacles les plus récurrents qui freinent l'accès à la justice dans ce genre de cas. Les articles 8 et 10.4 tentent de faire face à ces difficultés en permettant un meilleur accès à l'information aux victimes et le renversement de la charge de la preuve. En ce qui concerne ce dernier cas, cependant, il est soumis au droit intérieur, ce qui pourrait considérablement mettre à mal la portée de cette disposition novatrice.⁴³

Responsabilité pénale

Dans les systèmes de justice nationaux, l'établissement de la responsabilité pénale des entreprises (et non seulement des individus dans ces entreprises) n'est pas rare, mais nous manquons de normes internationales qui apportent une approche cohérente à travers tous les États. Le traité fournit l'occasion (difficile) de consolider les progrès qui ont été faits au niveau national et ainsi d'établir une approche cohérente qui renforcera la capacité des demandeurs de chercher la responsabilité des entreprises elles-mêmes et l'accès à un recours efficace. L'effort fourni pour inclure de tels éléments dans le traité est une avancée.

Par conséquent, certains éléments pourraient soulever des questions complexes en matière de droit pénal. Premièrement, l'article 10.8 indique que la responsabilité pénale sera établie pour « toutes les personnes [morales ou physiques] [...] qui de manière intentionnelle [...] commettent des violations des droits humains qui constituent un délit pénal. » Ainsi, l'avant-projet du traité établit-il une responsabilité pénale qui exige une intention, *mens rea*, ce qui soulève une question qui a créé beaucoup de débats doctrinaux au fil de l'histoire concernant la capacité de culpabilité des personnes morales.

Comparativement au droit pénal, cette approche correspond aux cas où l'intention de l'entité morale provient de celle de la personne physique, agent de l'entreprise, qui commet le crime avec l'intention d'apporter un bénéfice à l'entreprise (l'approche de la responsabilité du fait d'autrui). Cependant, certains systèmes judiciaires ont opté pour une approche organisationnelle de la responsabilité pénale, qui considère, par exemple, que les actions des cadres supérieurs soient proprement identifiées à l'activité de l'entreprise. Dans ce cas, une intention spécifique n'est pas nécessaire dans la mesure où de tels individus sont considérés comme des organes de la société. Vu de cet angle, faire référence aux violations des droits humains qui ont été perpétrées de manière intentionnelle pourrait non seulement limiter la portée en excluant les crimes où il n'y avait pas d'intention, mais pourrait aussi être inadapté à certains systèmes judiciaires. Par conséquent, la référence à « l'intentionnalité » de l'acte

42O. De Schutter, *Towards a New Treaty on Business and Human Rights*, op. cit., p. 48 et ss.

43Voir R. Meeran, *The "Zero Draft": Access to judicial remedy for victims of multinationals' abuse*, septembre 2018, disponible à <https://www.business-humanrights.org/en/the-“zero-draft”-access-to-judicial-remedy-for-victims-of-multinationals-“mncs”-abuse>.

pourrait mener à des interprétations diverses et conflictuelles, surtout qu'elle n'établit pas de types de crimes spécifiques à sanctionner (comme le font d'autres conventions internationales). **De plus, démontrer l'intentionnalité de tels actes dans des structures juridiques qui sont de plus en plus complexes et décentralisées pourrait s'avérer difficile.**

Un caractère très spécifique de la responsabilité dans le traité est l'absence de définition précise de « crime ». Contrairement aux autres traités internationaux relatifs à la responsabilité pénale d'une personne physique ou morale, l'avant-projet ne définit pas de crimes spécifiques que les États devraient prévoir dans leurs juridictions nationales. Il ne clarifie pas non plus quels sont les crimes qui vont permettre de déterminer la responsabilité (sont-ils des crimes internationaux, des crimes contre l'humanité ?), mais fait une référence large à des violations des droits humains qui équivalent à un délit pénal. Cette définition est très ample, ainsi permet-elle de couvrir une large gamme de conduites qui sont définies par le droit international, les instruments internationaux des droits humains et les législations nationales.

La contrepartie de cette définition large est qu'il n'y a pas de standards minimum de conduites pour lesquels tous les États Parties devront faire en sorte que les personnes morales soient responsables. Par conséquent, il est possible que des obligations aussi larges ne puissent pas être directement applicables dans le cas où les États ne sont pas en mesure ou disposés à adopter la législation nécessaire pour mettre en application une telle disposition. Ceci est particulièrement vrai dans le cas de la responsabilité pénale où le principe de *nulla poena sine lege* (aucune peine sans loi), la base du principe de la légalité, empêche toute responsabilité pénale sans avoir une loi existante de manière préalable définissant spécifiquement la conduite inacceptable.

L'avant-projet fait référence aussi à la portée de la responsabilité pénale qui s'étendra aux donneurs d'ordre, complices et accessoires, tels que définis par le droit national. Comme cité précédemment, cette référence est positive, mais pourrait avoir peu d'impact en pratique, car aucun crime spécifique, ni de type d'implication n'y est défini. Dans le cas d'abus de la part des entreprises, l'expérience a montré qu'il y a peut-être des types spécifiques de contribution et de complicité propres aux acteurs économiques. De plus, les dispositions ne réussissent pas à tenir compte des omissions et font seulement référence à la responsabilité des entreprises qui commettent des « violations des droits humains ». Par conséquent, **inclure un niveau minimum de définition contribuerait à atteindre l'objectif de consolider, au moins partiellement, une approche cohérente.**

Il est, cependant, positif que l'article 10.9 stipule explicitement que la responsabilité des personnes morales sera sans préjudice de la responsabilité pénale des personnes physiques. Cette disposition s'inspire d'autres conventions internationales et constitue donc une formulation légitime et largement acceptée. De plus, elle empêche la responsabilité pénale des personnes morales de devenir un bouclier permettant aux individus et particulièrement aux cadres supérieurs d'échapper à leur responsabilité personnelle.

Le progrès fait dans les articles de l'avant-projet qui traitent de la responsabilité pénale pourrait néanmoins être atténué par une clause d'exception qui n'a été formulée que de manière très générale pour l'instant. L'article 10.12 considère que « dans le cas où, sous le système judiciaire d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, cette Partie fera en sorte que les personnes morales soient soumises à des sanctions efficaces non pénales de caractère proportionnel et dissuasif ». Cette disposition est similaire aux dispositions contenues dans d'autres traités qui ont des clauses traitant de la responsabilité pénale des personnes morales, mais elle a été diluée dans **2 passages, qui doivent être renforcés :**

- Premièrement, la formulation de l'article pourrait être simplifiée, en réduisant le nombre d'occurrences du mot « shall » (doit, devra, etc.) et en énonçant une obligation claire de soumettre des personnes morales à des sanctions non pénales ; chaque « partie doit faire en sorte que les personnes morales soient soumises à des sanctions efficaces non pénales de caractère proportionnel et dissuasif ».
- Deuxièmement, bien que cette disposition soit nécessaire pour adapter cette obligation aux États qui ont un système judiciaire qui ne permet pas, par

principe, de reconnaître la responsabilité pénale – par exemple des systèmes judiciaires où des peines administratives sont imposées afin de suppléer au manque de responsabilité pénale des personnes morales (c'est-à-dire en Italie, Allemagne, Grèce, Hongrie, Mexique, Suède) –, une formulation plus limitée aiderait à empêcher la disposition de servir comme une échappatoire à cette obligation.

Pour ce faire, le traité pourrait s'inspirer de la **Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée**, qui stipule dans son article 10 :

« Chaque État Partie adopte les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales qui participent à des infractions graves impliquant un groupe criminel organisé et qui commettent les infractions établies conformément aux articles 5, 6, 8 et 23 de la présente Convention. »

Il pourrait aussi s'inspirer de la **convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales adoptée à l'OCDE**, qui stipule dans son article 2 que :

« Chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger. »

Une référence spécifique à des principes juridiques exclura les cas où le manque de responsabilité pénale provient plutôt du manque de volonté politique que d'un obstacle judiciaire.

Enfin, l'obligation, lorsqu'applicable, d'incorporer la juridiction universelle pour des violations des droits humains qui équivalent à des crimes aux yeux du droit international, est très positive. Néanmoins, des précisions supplémentaires sont nécessaires afin de clarifier la portée de cette obligation. D'un côté, en faisant référence au droit international, cette disposition semble renforcer les obligations internationales existantes de juridiction universelle. De l'autre côté, en faisant référence aux dispositions appropriées pour la juridiction universelle sur les violations des droits humains qui équivalent à des crimes de manière générale, elle dépasse la portée des instruments internationaux existants, et donc crée de nouvelles obligations. Ainsi serait-il préférable de clarifier que le futur instrument demande aux États d'adopter des dispositions dans le droit national qui établissent une juridiction universelle pour les violations des droits humains qui équivalent à des crimes (ce qui devrait être défini de manière spécifique) perpétrés par des personnes (morales ou physiques) dont les activités commerciales sont de caractère transnational.

Conclusions

À la lumière de ce qui a été discuté plus haut, l'avant-projet publié par l'Équateur pourrait être considéré comme un premier pas important vers une discussion plus concrète sur les dispositions et formulations qui constitueront les articles du futur instrument international contraignant sur les entreprises et les droits humains. Bien que certains éléments, tels que la centralité de la place des victimes, l'institution de l'obligation d'adopter une législation sur la diligence raisonnable et l'accent sur la responsabilité soient très positifs, beaucoup plus de discussions et de réflexion sur les options possibles sont nécessaires sur de nombreuses, sinon toutes les dispositions proposées par l'Équateur. Ces discussions devront garder en tête le but principal de cet instrument : prévoir la responsabilité et améliorer les voies d'accès à la justice dans des cas de violations des droits humains liées aux activités des entreprises.

Certaines des dispositions de l'avant-projet ont été analysées dans ce document (plus d'analyses vont suivre dans les mois à venir) et certains points nécessitant selon nous des modifications impératives, ont été mis en évidence. Il s'agit entre autres :

- de réaffirmer, dans la partie opérationnelle du texte, le principe général selon lequel toutes les entreprises doivent respecter les droits humains ;
- de clarifier le champ d'application subjectif du traité afin d'éviter une interprétation

- restrictive et l'exclusion des entreprises publiques ;
- d'inclure une formulation spécifique sur la protection et la reconnaissance des défenseurs des droits humains ;
 - d'offrir plus de pistes pour améliorer l'accès effectif à la justice pour les individus et les communautés affectés par les violations commises par les entreprises tout au long de la chaîne de valeur ;
 - d'intégrer une clause plus robuste concernant l'attention spécifique aux zones touchées par les conflits dans la disposition sur la prévention ;
 - De rendre la notion de diligence raisonnable plus cohérente avec le cadre international existant et d'établir un lien clair entre la diligence raisonnable de l'entreprise et la responsabilité de la société mère ou donneuse d'ordre en cas de violations des droits humains.
 - d'établir un mécanisme de mise en application fort et efficace à travers le renforcement significatif des clauses contenues dans le protocole facultatif.

Un traité qui ne pourrait pas donner une réponse concrète et opérationnelle à de tels problèmes n'apporterait que peu au cadre international existant.

Bien que la route vers un traité soit toujours longue et complexe, cet avant-projet constitue une occasion précieuse de débattre de manière significative et constructive en octobre prochain à Genève. Les délégations, surtout celles qui ont réclamé à plusieurs reprises d'entamer des discussions de fond, sont désormais invitées à préparer et échanger sur le contenu de l'avant-projet, ainsi qu'à faire des efforts afin d'améliorer le texte existant et de rendre la protection des droits humains plus efficaces face aux abus des entreprises.

C'est un appel auquel tous ceux qui tiennent à un essor économique plus respectueux des personnes et de la planète ne peuvent rester sourds.