

Deuxième projet révisé de traité contraignant

Réflexions sur le texte en préparation de la 6^{ème} session du GTIG

Le vendredi 7 août 2020, le président du groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée des Nations unies (IGWG) chargé d'élaborer un instrument juridiquement contraignant pour réglementer les activités des sociétés transnationales et autres entreprises commerciales a publié la [deuxième version révisée de l'IJC](#).

L'élaboration de cet instrument, mandatée en 2014 par la résolution 26/9 du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, vise à compléter et à dépasser les principes directeurs des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme (UNGP) qui ont été adoptés en 2011. Son objectif est d'éliminer les principales lacunes qui subsistent dans la protection des droits de l'homme contre les abus des entreprises. Cinq sessions de négociations de l'instrument juridiquement contraignant ont déjà eu lieu à Genève ; elles ont vu la participation et l'engagement de nombreuses organisations de la société civile du monde entier, y compris la [FIDH](#) et ses membres. Lors de la cinquième session, de nombreux États, dont certains étaient réticents à participer au processus il y a trois ans, ont exprimé leur accord sur la poursuite des négociations. La publication du deuxième projet révisé marque une étape supplémentaire vers l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme et représente une bonne base pour mener des négociations de fond du 26 au 30 octobre 2020 à Genève.

La FIDH salue les efforts déployés par la présidence du GTIG pour publier le nouveau projet de instrument juridiquement contraignant avant la 6^{ème} session à Genève (octobre 2020). Elle note avec satisfaction que le texte tient compte de certains des commentaires formulés par les organisations de la société civile lors de la dernière session de négociation et au cours des derniers mois. Cette publication résume les **réflexions de la FIDH sur le texte** et souligne certains des principaux défis qui subsistent dans le projet actuel. Nous espérons que cet exercice sera utile à nos membres et partenaires, et qu'il stimulera le travail de la société civile et des délégations gouvernementales en vue de la session d'octobre.

À titre préliminaire, les aspects suivants du nouveau texte représentent des développements positifs qui devraient être maintenus au cours des négociations :

- Inclusion explicite des entreprises d'État dans la définition des "activités commerciales" ;
- La référence à la "relation d'affaires" au lieu de la "relation contractuelle" pour définir le champ d'application des dispositions de l'instrument juridiquement contraignant ;
- Inclusion des personnes qui subissent un préjudice dans l'assistance aux victimes ou dans la prévention de la victimisation, dans le paragraphe comportant la définition des victimes ;
- Intégration d'une perspective de genre plus spécifique dans l'art. 6 ;
- Référence au consentement libre, préalable et informé des peuples indigènes dans l'art. 6.3 ;
- Clarification dans l'art. 7.7 de la nécessité pour les États parties d'assurer la responsabilité dans les cas où les entreprises contribuent au préjudice ; et amélioration de la définition du contrôle qui donnera lieu à la responsabilité de la "société chef de file" ;
- Clarification explicite dans l'art. 7.8 que le respect de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (DDH) ne peut être utilisé comme "sphère de sécurité" pour échapper à la responsabilité lorsqu'une entreprise a causé des violations des droits de l'homme ou y a contribué ;
- Obligation pour les tribunaux de l'État du domicile de l'entreprise d'exercer leur compétence quelle que soit la provenance des victimes, renonçant ainsi à la doctrine du *forum non conveniens* dans de tels cas ;
- Inclusion de l'art. 8.4 et de l'art. 8.5 faisant référence à la possibilité pour les tribunaux des États parties de réunir les demandes qui sont étroitement liées et d'exercer leur compétence sur les demandes concernant des sociétés qui ne sont pas domiciliées sur le territoire de l'État si aucun autre forum efficace n'est disponible et s'il existe un lien étroit avec l'État concerné (*forum necessitatis*) ;
- Obligation explicite pour les nouveaux accords de commerce et d'investissement d'être compatibles avec l'IBL.

Malgré ces nombreuses améliorations substantielles, et pour que le traité permette réellement une avancée significative dans la protection des droits de l'homme contre les abus des entreprises, le texte actuel présente encore **plusieurs lacunes importantes qui doivent être comblées, et qui sont** résumées ci-dessous :

- Il est essentiel de fonder cet instrument sur la Déclaration des Nations unies sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux et de réaffirmer que le colonialisme - qu'il soit le fait des États ou des intérêts des entreprises - doit être éradiqué. En conséquence, nous proposons la disposition suivante dans le préambule : **"Réaffirmant les principes de la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux, également connue sous le nom de résolution 1514 de l'Assemblée générale des Nations unies"**.
- Malgré la mention explicite des entreprises d'État, le nouveau texte ne traite pas du **rôle de l'État à la fois** comme régulateur et comme acteur économique, ni de son devoir de respecter les droits de l'homme dans le cadre des activités commerciales et de ne pas se contenter de prévenir les abus liés aux entreprises. À cet égard, nous recommandons de :
 - faire référence aux **"violations et abus"** tout au long du texte, afin de mieux rendre compte de l'obligation des États de respecter les droits de l'homme en vertu du droit international ;
 - ajouter un article spécifique sur le **"contrôle et l'application"** afin de réaffirmer le rôle de l'État en tant que garant et garant des droits, plutôt que de laisser l'application des droits presque entièrement aux victimes par le biais de procédures de plainte privées ;
 - mieux répondre à l'obligation **de diligence raisonnable qui incombe à un État** lorsqu'il s'engage dans des activités économiques ou lorsqu'il offre un soutien financier ou autre aux entreprises, comme l'octroi de licences d'exportation, la réalisation de transactions commerciales avec des entreprises, y compris la passation de marchés et la privatisation de services, etc.
- En général, les articles traitant de la **protection des victimes et de la participation** doivent être considérablement améliorés. Pour atteindre cet objectif, nous suggérons au minimum de: ctif :
 - Changer le titre de l'article 4 en **"Droit de recours"** et faire référence aux "titulaires de droits" au lieu de "victimes". Cet article fait référence à un large éventail de droits et de protections qui existent déjà en droit international et qui devraient être garantis non seulement aux victimes d'abus commis par des entreprises, mais aussi à tous les individus. En outre, l'article 4.c devrait englober une large compréhension du droit à l'accès à la justice et à la réparation, tel que défini par le système interaméricain des droits de l'homme. Il devrait notamment établir **"le droit à un accès à la justice équitable, adéquat, effectif, rapide, non discriminatoire et tenant compte des sexospécificités et à un recours adéquat, rapide et effectif conformément au présent (instrument juridiquement contraignant) et au droit international"**. Ces recours comprennent, sans s'y limiter, la restitution, l'indemnisation, la réhabilitation, la satisfaction, les garanties de non-répétition, l'injonction, l'assainissement de l'environnement et la restauration écologique, y compris la couverture des frais de relogement des victimes, le remplacement des équipements collectifs, l'aide d'urgence globale et la surveillance de la santé à long terme" ;
 - Mieux détailler, tout au long du texte (art. 4, 5, 6), le **droit à l'information auquel les victimes et les titulaires de droits** devraient avoir accès et les moyens par lesquels l'État peut le garantir. Cela peut également être fait en ajoutant un article spécifique sur le droit à l'information dans le texte. Les lacunes actuelles du texte sur le droit à l'information sont particulièrement inquiétantes si l'on considère que le manque d'accès à l'information est l'un des obstacles les plus graves et les plus récurrents limitant l'accès à la justice et à un recours efficace pour les victimes d'abus et de violations des droits de l'homme liés aux entreprises. En outre, il est également nécessaire de renforcer le libellé sur l'accès à des informations claires, complètes et pertinentes afin de donner plein effet au droit de participer aux processus décisionnels liés aux activités des entreprises qui peuvent avoir un impact sur les droits de l'homme. À cet égard, des dispositions plus claires sur le renversement de la charge de la preuve sont également essentielles pour remédier aux déséquilibres créés par le manque d'accès à l'information des individus et des communautés dans le cadre des activités économiques.
 - Établir, à l'article 6.3, que les **communautés locales, les membres de la communauté LGBTQ+, les paysans et autres travailleurs ruraux ainsi que les minorités ethniques et linguistiques** ont droit à un consentement libre, préalable et informé.
 - Inclure dans l'article 4 une disposition spécifique qui place explicitement les victimes et leurs besoins au cœur des **processus de réparation**. Il serait également important de faire référence à un large éventail de réparations qui pourraient être nécessaires à la suite de catastrophes environnementales, y compris les besoins à long terme ainsi que la nécessité de prendre des mesures de réparation en consultation avec les communautés touchées. Il faudrait également ajouter une référence spécifique aux services de soutien qui assurent le bien-être psychologique des victimes.
 - Mieux répondre à l'**obligation d'un État de remédier** à ses propres défaillances (qui va de pair avec son devoir de veiller à ce qu'une réparation soit accordée en cas d'abus de la part des entreprises). À cet égard, l'article 5 devrait exiger des États qu'ils adoptent des dispositions pour enquêter sur les actes répréhensibles des fonctionnaires chargés de surveiller les activités des entreprises et qu'ils

prennent des mesures pour garantir que les personnes et les communautés dont les droits de l'homme sont menacés par les activités des entreprises aient accès à des mesures de précaution efficaces pour prévenir un préjudice imminent ou irréversible.

- En ce qui concerne la **prévention**, le texte proposé présente encore des lacunes importantes. Pour y remédier, la FIDH propose ce qui suit :
 - d'**aligner le langage** utilisé dans l'article 6 avec les étapes de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme "codifiées" par les normes internationales existantes telles que les Principes Directeurs des Nations Unies Relatifs aux Entreprises et aux Droits de l'Homme et les lignes directrices de l'OCDE. Il est essentiel que le futur instrument juridiquement contraignant fasse le point sur les normes existantes lorsqu'elles sont plus protectrices des droits de l'homme et qu'il les améliore lorsqu'elles ne sont pas suffisantes. À cet égard, il est également primordial de préciser que les entreprises doivent "**prévenir et atténuer les risques**" et "**prévenir les abus**", et non "**atténuer les abus**". Cette formulation est conforme à l'observation générale 24 du Comité DESC, par. 16 et représente un pas en avant dans la compréhension de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme telle que définie par les PNG ;
 - traiter du respect des obligations de diligence raisonnable pour les entreprises qui fournissent des biens et des services aux États ou qui reçoivent des subventions des États ;
 - de mieux inclure la **protection des défenseurs des droits de l'homme** comme un élément clé pour une prévention efficace des abus et des violations des droits de l'homme dans le contexte des activités commerciales, et clarifier explicitement que les défenseurs des droits de l'homme, les membres de la communauté LGBTIQ+, les paysans et autres populations rurales et les minorités ethniques et linguistiques doivent être consultés tout au long de la planification, de la mise en œuvre et du suivi d'un projet économique donné.

- Malgré des améliorations positives, le texte actuel devrait intégrer davantage de dispositions sur la prévention des **abus et des violations graves dans les zones touchées par le conflit**. En particulier :
 - Le texte devrait préciser dans le préambule et dans l'ensemble du texte que le **droit international humanitaire est** intégré dans le champ d'application de l'instrument juridiquement contraignant et devrait mieux rappeler les devoirs existants des États en vertu du droit international dans de tels contextes.
 - Préciser que l'action appropriée dans ces contextes peut consister à **s'abstenir ou à cesser** certaines opérations ou relations d'affaires dans des circonstances où la diligence raisonnable ne peut garantir le respect des droits de l'homme et des règles du droit international humanitaire.

- Le deuxième projet révisé, comme mentionné ci-dessus, comprend quelques mesures positives importantes en vue d'un meilleur accès à la justice et aux recours dans le contexte des abus et des violations des droits de l'homme liés aux entreprises, en particulier ceux à caractère transnational. Toutefois, de nouvelles améliorations des dispositions du texte relatives à la **responsabilité et à l'accès à la justice** sont nécessaires :
 - L'article 8 sur la responsabilité juridique devrait mieux clarifier les dispositions concernant :
 - la responsabilité en cas de préjudice causé ou contribué par les propres activités ou opérations d'une entreprise, et
 - la responsabilité en cas de préjudice causé ou contribué par les activités ou les opérations d'une entreprise qu'elle contrôle, ou en cas de manquement à l'obligation de prévenir un préjudice directement lié à ses relations d'affaires.
 - Bien que les dispositions relatives au **contrôle** soient quelque peu clarifiées, le texte devrait fournir une définition claire du contrôle. Une disposition établissant une présomption de contrôle dans certains cas devrait également être ajoutée, afin d'éviter des interprétations restrictives de la part des États qui, en fin de compte, entraveront la possibilité de tenir les sociétés de contrôle pour responsables des atteintes aux droits de l'homme.
 - La diligence raisonnable ne doit jamais servir de bouclier contre la responsabilité. À l'article 6, le texte devrait préciser que les tribunaux devraient établir la responsabilité de ces entités après un examen du respect d'une **diligence raisonnable** effective en matière de **droits de l'homme, mesurée concrètement** et non pas simplement parce que l'entreprise a adopté une certaine norme.
 - Le texte devrait inclure une disposition à l'article 8 indiquant clairement qu'il **incombe à l'entreprise commerciale défenderesse de démontrer** qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour éviter de causer une violation des droits de l'homme ou un abus ou d'y contribuer, ou pour prévenir une telle violation ou un tel abus. Ce type de disposition est bien établi dans différents instruments juridiques nationaux et internationaux et dans la jurisprudence, et est ici suggéré pour les actions civiles. Elle n'est donc pas en contradiction avec le principe de la "présomption d'innocence" qui est un principe de droit pénal.

- o Les dispositions relatives à la **responsabilité pénale** des entreprises qui commettent ou sont complices de crimes contre les droits de l'homme doivent être clairement distinguées dans le texte des dispositions relatives à la responsabilité civile. Un article spécifique pourrait être une bonne solution à cet égard.
- o Inclure dans les critères de compétence juridictionnelle de l'article 9.1 un critère spécifique permettant la compétence des tribunaux situés là où les entreprises commerciales ont des "**intérêts commerciaux substantiels**", afin d'éviter que les entreprises n'échappent à l'indemnisation parce qu'elles ne possèdent pas d'actifs importants dans le pays où elles sont domiciliées.
- o Insérer une définition du "**lien suffisant**" permettant le forum de nécessité conformément à l'article 9.5, afin d'éviter une interprétation restrictive de cette clause.
- o Insérer des dispositions relatives à la "**litispendance**" à l'article 9 pour clarifier la manière dont les tribunaux doivent traiter les affaires qui sont introduites simultanément dans différentes juridictions. Ces dispositions devraient viser à donner la priorité aux demandes pour lesquelles le tribunal peut rendre un jugement susceptible d'être reconnu et, le cas échéant, exécuté dans cet État partie.
- o Insérer un article spécifique sur la **compétence juridictionnelle en matière pénale** afin de clarifier les critères de compétence dans les affaires pénales. Les instruments existants tels que la Convention contre la torture et la Convention pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées pourraient servir de modèles pour cet article.

La FIDH abordera ces préoccupations lors de la ^{6e} session du GTIG et dans ses conversations avec les autres organisations et délégations concernées. Nous encourageons également les membres de la FIDH qui partagent ces préoccupations à les inclure dans leur analyse du traité, dans leur communication avec les délégations des États et les partenaires et à les exposer dans leurs interventions sur ce sujet.

Nous appelons les États négociateurs - en particulier ceux qui ont demandé à plusieurs reprises que des discussions de fond aient lieu, ceux qui se déclarent engagés à parvenir à une mondialisation plus durable, ainsi que ceux qui envisagent d'adopter des mesures nationales obligatoires en matière de DDH - à préparer et à s'engager sur le contenu du projet, ainsi qu'à faire des efforts pour renforcer le texte en vue de rendre la protection des droits de l'homme plus efficace dans les cas d'abus par les entreprises.