



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/HRC/4/35
19 février 2007

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME
Quatrième session
Point 2 de l'ordre du jour provisoire

**APPLICATION DE LA RÉSOLUTION 60/251 DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE
DU 15 MARS 2006 INTITULÉE «CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME»**

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

**Les entreprises et les droits de l'homme: analyse des normes internationales
relatives à la responsabilité sociale et à la transparence des entreprises**

Résumé

Le présent rapport est une réponse à divers éléments du mandat du Représentant spécial du Secrétaire général énoncés au paragraphe 1, alinéas *a* à *c* et *e* de la résolution 2005/69 de la Commission des droits de l'homme, à savoir: «Inventorier et préciser les normes relatives à la responsabilité sociale et à la transparence – des entreprises – en matière de droits de l'homme»; «expliciter le rôle des États pour ce qui est de réglementer efficacement et de préciser» les activités des entreprises; «étudier et préciser les incidences ... de notions telles que “complicité” ...»; et identifier un certain nombre de pratiques qui, à défaut d'être les «meilleures», sont répandues dans les États et les entreprises. On trouvera davantage de précisions dans les quatre additifs au présent rapport. Un rapport complémentaire (A/HRC/4/74) explique quelles sont les principales questions que soulève la réalisation d'études d'impact sur les droits de l'homme évoquées à l'alinéa *d* du paragraphe 1.

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

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
Introduction.....	1 – 9	3
I. OBLIGATION DE PROTÉGER QUI INCOMBE AUX ÉTATS.....	10 – 18	5
II. RESPONSABILITÉ SOCIALE ET TRANSPARENCE DES ENTREPRISES POUR CRIMES INTERNATIONAUX.....	19 – 32	8
III. RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES POUR D’AUTRES VIOLATIONS DES DROITS DE L’HOMME EN DROIT INTERNATIONAL.....	33 – 44	12
IV. MÉCANISMES JURIDIQUES NON CONTRAIGNANTS.....	45 – 62	16
V. AUTORÉGLEMENTATION.....	63 – 81	21
VI. CONCLUSIONS.....	82 – 88	26

Introduction

1. Le marché ne fait pas de magie. Les marchés ne fonctionnent efficacement et durablement que lorsqu'un certain nombre de paramètres institutionnels sont en place. On considère en général que, parmi les conditions préalables du succès, figurent la protection des droits de propriété, le caractère exécutoire des contrats, les règles de la concurrence et la fluidité de l'échange d'informations. Cependant, un préalable clef est souvent négligé: la nécessité de limiter les incidences néfastes des marchés sur les individus et la société. L'histoire démontre que sans fondements institutionnels adéquats, les retombées bénéfiques des marchés seront limitées et que ceux-ci risquent même de ne pas être viables socialement¹.

2. Ces dernières décennies, en particulier dans les années 90, les marchés mondiaux se sont nettement développés grâce aux accords commerciaux, aux traités d'investissement bilatéral et aux vagues de libéralisation et de privatisations au plan national. Les droits des sociétés transnationales sont désormais mieux protégés par les législations internes et de plus en plus défendus en raison du recours obligatoire à l'arbitrage international. La mondialisation a contribué à une réduction conséquente de la pauvreté dans de grands pays émergents et au bien-être général dans le monde industrialisé. Mais elle a également un coût pour les peuples et les communautés, lequel se traduit notamment par des violations des droits de l'homme par les entreprises, et ce pour des raisons qui sont détaillées dans le rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire général².

3. Ces difficultés ne sont pas dues seulement aux sociétés transnationales et aux entreprises privées. Il est établi que des sociétés actives dans un seul pays et des entreprises publiques ont bien souvent des pratiques plus condamnables que celles de sociétés transnationales du secteur privé qui défraient la chronique. De toute évidence, il existe un décalage institutionnel plus fondamental: entre l'ampleur et l'impact des forces et des acteurs économiques, d'une part, et la capacité des sociétés à gérer les conséquences néfastes de ceux-ci, de l'autre. Ce décalage crée les conditions qui permettent les comportements blâmables des entreprises, sans qu'il y ait de sanctions ou de réparations adéquates. Il faut remédier à cette situation non seulement dans l'intérêt des victimes de ces dérives, mais aussi pour perpétuer les bienfaits de la mondialisation.

4. Le rééquilibrage des relations entre institutions sociales est un processus à long terme. Si les gouvernements doivent jouer un rôle essentiel en tant qu'ils représentent l'intérêt public, ils doivent aussi être soutenus par d'autres acteurs sociaux et utiliser d'autres institutions sociales pour atteindre cet objectif, notamment les mécanismes du marché eux-mêmes. L'ampleur et la complexité de la tâche n'ont pas échappé à la Commission des droits de l'homme lorsqu'elle a défini le mandat multiforme du Représentant spécial.

5. Conformément à ce mandat, le Représentant spécial doit «inventorier et préciser», «étudier», «expliquer» et «établir» des documents – en somme, il doit procéder à un inventaire complet des normes et des pratiques internationales actuelles en ce qui concerne les droits de l'homme et les entreprises. La résolution 2005/69 l'invite également à soumettre «des vues et

¹ John McMillan, *Reinventing the Bazaar: A Natural History of Markets* (Norton, 2002).

² E/CN.4/2006/97, paras. 20-30.

recommandations» pour examen par la Commission. Ce mandat a été prorogé conformément à la décision 1/102 du Conseil des droits de l'homme. Le présent rapport est consacré au premier volet du mandat, à savoir l'analyse des normes, pratiques, lacunes et tendances qui ne cessent d'évoluer.

6. Le rapport est organisé en cinq rubriques qui recensent les normes et pratiques applicables en matière de «responsabilité» (obligations juridiques, sociales ou morales imposées aux sociétés) et de «transparence» (mécanismes en vertu desquels elles sont tenues par ces obligations) des entreprises. Par souci de clarté, ces cinq rubriques sont présentées de manière linéaire, en commençant par les obligations juridiques internationales les plus établies, et en finissant par les normes commerciales volontaires. Un examen succinct des tendances et des lacunes conclut le rapport. Les cinq rubriques sont:

- I. Obligation de protéger qui incombe à l'État;
- II. Responsabilité et obligation de rendre compte des entreprises pour les crimes internationaux;
- III. Responsabilité des entreprises pour d'autres violations des droits de l'homme en vertu du droit international;
- IV. Mécanismes juridiques non contraignants;
- V. Autoréglementation.

7. Le présent rapport a été établi à partir de plus d'une vingtaine de travaux de recherche effectués par ou pour le Représentant spécial³. Il s'appuie également sur trois consultations régionales multipartites à Johannesburg, Bangkok et Bogotá; des consultations avec la société civile sur les cinq continents; des visites dans des entreprises de quatre secteurs industriels dans des pays en développement; quatre ateliers avec des experts juridiques; deux consultations multipartites sur les industries minières et les services financiers; ainsi que sur des discussions avec des représentants de toutes les institutions multilatérales pertinentes et quelques responsables gouvernementaux⁴.

³ Those produced by or at the request of the Special Representative are posted on his home page on the Business and Human Rights Resource Centre's website at <http://www.business-humanrights.org/Gettingstarted/UNSpecialRepresentative>.

⁴ The Special Representative also received substantive written submissions from a number of organizations, including Allens Arthur Robinson; BankTrack; Business Leaders Initiative on Human Rights; EarthRights International; Global Witness; Halifax Initiative; Interfaith Center on Corporate Responsibility; International Commission of Jurists; International Council on Metals and Mining; International Network for Economic, Social and Cultural Rights; International Organisation of Employers; International Chamber of Commerce; Business and Industry Advisory Committee to the OECD; Lovells; Rights & Democracy, Canada; Tebtebba Foundation and Forest Peoples Programme.

8. Les additifs au présent rapport (A/HRC/4/35/Add.1 à 4) apportent des précisions sur un certain nombre de questions abordées dans la résolution 2005/69. Un rapport complémentaire (A/HRC/4/74) traite l'importante question des études d'impact sur les droits de l'homme, dont il est question au paragraphe 1 d) de la résolution 2005/69.

9. Le Représentant spécial ayant disposé de moins de 18 mois pour mener à bien sa mission, celle-ci n'est pas encore achevée. Ainsi, les recherches effectuées à ce jour sur la notion de «sphère d'influence» des entreprises (par. 1 c) de la résolution 2005/69) ont simplement permis de montrer qu'elle n'a pas de signification juridique; des études complémentaires sont donc nécessaires pour déterminer si elle peut devenir un moyen d'intervention utile. Qui plus est, au cours du précédent débat, les affirmations factuelles au sujet des obligations des entreprises, les préférences normatives et les intérêts institutionnels étaient tellement emmêlés, que le Représentant spécial a choisi d'élaborer des fondements conceptuels, solides et objectifs. Mais, ce faisant, il n'a guère eu le temps de formuler les «vues et recommandations» qu'il avait été invité à présenter et qui devraient logiquement conclure son travail. C'est pourquoi, il souhaiterait pouvoir disposer d'une année supplémentaire pour développer le travail approfondi qui a déjà été effectué et soumettre au Conseil des options et des propositions claires pour examen.

I. OBLIGATION DE PROTÉGER QUI INCOMBE À L'ÉTAT

10. De nombreuses affirmations sur les entreprises et les droits de l'homme sont vivement contestées⁵. Toutefois, le droit international établit clairement que les États ont l'obligation de protéger les droits de l'homme contre les pratiques abusives des acteurs non étatiques sur leur territoire, et que cette obligation s'étend à la protection contre les actes illicites des entreprises. L'obligation de protéger est prévue par les principaux traités de l'ONU relatifs aux droits de l'homme élaborés par les organes conventionnels, et l'on reconnaît en général qu'elle est également consacrée par le droit international coutumier⁶. En outre, les organes conventionnels affirment à l'unanimité que cette obligation impose aux États de prendre des mesures réglementaires et de se prononcer sur les actes illicites commis par tous les acteurs sociaux, y compris les entreprises⁷.

⁵ Beyond the national territory, the duty's scope will vary depending on the State's degree of control. The United Nations human rights treaty bodies generally view obligations of States parties as applying to areas within their "power or effective control".

⁶ States also have duties to respect, promote and fulfil rights, but the most business-relevant is the duty to protect because it focuses on third party abuse. See A/HRC/4/35/Add.1. Where corporations perform public functions or are State-controlled, the secondary rules of State attribution may also hold the State responsible for the abuse. See the International Law Commission's articles on "Responsibility of States for internationally wrongful acts", adopted in November 2001. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>.

⁷ Drawing on the language of subparagraph (b) of the mandate (as set out in resolution 2005/69 of the Commission on Human Rights), this section uses regulation to refer to treaty body language recommending legislative or other measures designed to prevent or monitor abuse by

11. Les précédents traités de l'ONU relatifs aux droits de l'homme, tels que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques n'abordent pas expressément les obligations de l'État à l'égard des entreprises. Ils imposent des obligations à caractère général destinées à garantir l'exercice des droits et à empêcher les abus des acteurs non étatiques. C'est ainsi que la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale exige de chaque État partie qu'il interdise la discrimination raciale «pratiquée par des personnes, des groupes ou des organisations» (art. 2.1 d). Certains traités reconnaissent des droits qui sont particulièrement importants dans le contexte des entreprises, notamment en ce qui concerne l'emploi, la santé et les communautés autochtones.

12. Les entreprises sont évoquées de manière plus directe dans la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée en 1979, la Convention relative aux droits de l'enfant, ou la Convention relative aux droits des personnes handicapées, adoptée récemment. Ainsi, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes exige des États qu'ils prennent toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par «une entreprise quelconque» (art. 2 e)), et dans le contexte des «prêts bancaires, prêts hypothécaires et autres formes de crédit financier» (art. 13 b)). En général, les traités reconnaissent aux États une marge de manœuvre pour ce qui est de réglementer et de trancher les abus des acteurs non étatiques, mais ils mettent l'accent sur la législation et les voies de recours judiciaires.

13. Les organes conventionnels ont précisé l'obligation de protéger. L'Observation générale n° 31 du Comité des droits de l'homme en est un exemple récent. Le Comité confirme en effet qu'en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, «les États parties ne pourront pleinement s'acquitter de leurs obligations positives de garantir les droits reconnus dans le Pacte que si les individus sont protégés par l'État non seulement contre les violations de ces droits par ses agents, mais aussi contre des actes commis par des personnes privées, physiques ou morales...»⁸. Le Comité précise en outre que les États pourraient enfreindre des obligations qui leur incombent en vertu du Pacte lorsqu'ils tolèrent des violations ou s'abstiennent «de prendre des mesures appropriées ou d'exercer la diligence nécessaire pour prévenir et punir de tels actes commis par des personnes privées, physiques ou morales, enquêter à leur sujet ou réparer le préjudice qui en résulte».

14. Les organes conventionnels relatifs aux droits de l'homme sont préoccupés par le fait que l'État ne protège pas contre les pratiques abusives des entreprises, le plus souvent en ce qui concerne le droit à la non-discrimination, les droits des populations autochtones et les droits en matière de travail et de santé. Mais l'obligation de protéger s'applique également à tous les droits substantiels. Les Comités ont tendance à ne pas indiquer précisément comment les États doivent agir, mais ils leur recommandent en général de réglementer par la voie législative et de se prononcer sur les recours judiciaires, notamment en accordant des indemnisations le cas échéant.

business enterprises, and adjudication to refer to judicial or other measures to punish or remediate abuse.

⁸ HRC, general comment No. 31, para. 8.

15. Il semble ressortir des commentaires actuels des comités que les traités ne font pas obligation aux États d'exercer leur compétence extraterritoriale en cas de violations par des entreprises. Cependant, rien ne le leur interdit non plus⁹. En vertu du droit international, les États peuvent exercer leur compétence dès lors qu'il existe un fondement reconnu: lorsque l'auteur ou la victime est un ressortissant de l'État, lorsque l'acte en question a d'importantes conséquences préjudiciables pour l'État, ou bien encore lorsque certains crimes internationaux ont été commis¹⁰. La compétence extraterritoriale doit également obéir au critère global du «caractère raisonnable», lequel comprend la non-ingérence dans les affaires internes des autres États¹¹. S'agissant du point de savoir à quel moment précisément la protection des droits de l'homme justifie la compétence extraterritoriale, le débat n'est pas clos.

16. Les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme consacrent également l'obligation de l'État non seulement de protéger contre les violations des acteurs non étatiques, mais aussi de réglementer et de juger les actions des entreprises¹². En effet, l'importance croissante accordée par les organes conventionnels de l'ONU et les mécanismes régionaux à la protection contre les abus des entreprises montre que l'on s'inquiète de plus en plus du fait que les États ne comprennent pas pleinement cette obligation, ou qu'ils ne sont pas toujours capables de la respecter ou n'en ont pas la volonté.

17. Les réponses au questionnaire que le Représentant spécial a adressé aux États, leur demandant d'indiquer les politiques et les méthodes qu'ils ont adoptées pour réglementer, juger ou influencer les actions des entreprises eu égard aux droits de l'homme ne font que renforcer ces préoccupations¹³. Aucune conclusion définitive ne peut toutefois être tirée en raison du faible taux de réponse. Mais, parmi les États qui ont répondu, très peu ont spécialement élaboré des politiques, programmes ou instruments pour traiter les atteintes des entreprises aux droits de l'homme. Davantage d'États disent s'appuyer sur l'ensemble d'initiatives en matière de

⁹ Some treaty bodies seem to be encouraging States to pay greater attention to preventing corporate violations abroad. For example, CESCR has suggested that States should take steps to “prevent their own citizens and companies” from violating rights in other countries. CESCR, general comment No. 15, para. 33.

¹⁰ Under the principle of “universal jurisdiction” States may be obliged to exercise jurisdiction over individuals within their territory who allegedly committed certain international crimes. It is unclear whether and how such obligations extend jurisdiction over juridical persons, including corporations. See A/HRC/4/35/Add.2.

¹¹ Of course, the entire human rights regime may be seen to challenge the classical view of non-intervention. The debate here hinges on what is considered coercive. See A/HRC/4/35/Add.2 for details.

¹² For an overview, see Andrew Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors* (Oxford, OUP, 2006), chap. 9; on Africa, see Nsongurua Udombana, “Between promise and performance: revisiting States’ obligations under the African Human Rights Charter”, *Stanford Journal of International Law* vol. 40, No. 105 (2004).

¹³ See A/HRC/4/35/Add.3.

responsabilité des entreprises, notamment des instruments de droit non contraignants tels que les Directives de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) pour les entreprises multinationales ou bien sur des initiatives volontaires telles que le Pacte mondial de l'ONU. Très peu intègrent expressément des critères relatifs aux droits de l'homme dans leurs politiques de crédit à l'exportation et de promotion des investissements ou dans les traités bilatéraux de commerce et d'investissement, questions sur lesquelles les politiques gouvernementales et les activités mondiales des entreprises sont en contact très étroit¹⁴.

18. En somme, l'obligation de l'État de protéger contre les abus des acteurs non étatiques est au cœur même du régime international de protection des droits de l'homme. En vertu de cette obligation, les États sont tenus de régler et de juger les abus des entreprises commerciales, sous peine de violer leurs obligations internationales s'ils ne le font pas.

II. RESPONSABILITÉ SOCIALE ET TRANSPARENCE DES ENTREPRISES POUR CRIMES INTERNATIONAUX

19. Les États ne sont cependant pas les seuls sujets d'obligations en droit international¹⁵. Depuis bien longtemps, la responsabilité des individus est directement engagée pour les crimes internationaux de piraterie et de réduction en esclavage, même si, en l'absence de mécanismes internationaux de responsabilité, ils ne pouvaient être poursuivis que dans le cadre des systèmes juridiques nationaux. Les tribunaux militaires internationaux créés après la Seconde Guerre mondiale ont confirmé la responsabilité individuelle en matière de crimes contre la paix, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, et ils ont également poursuivi des personnes qui relevaient de leur juridiction – notamment des dirigeants d'entreprises. L'entrée en vigueur du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI) en 2002 a permis la création d'une cour permanente devant laquelle les individus peuvent être directement amenés à répondre de crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre si les États parties s'abstiennent de les poursuivre¹⁶.

20. Les arguments doctrinaux déjà anciens sur le point de savoir si les entreprises pouvaient être considérées comme des «sujets» de droit international, arguments qui faisaient obstacle à un examen conceptuel de la question et à l'attribution d'une responsabilité juridique directe aux entreprises, sont en recul face aux nouvelles réalités. Les entreprises sont de plus en plus reconnues comme des «participants» au niveau international, dotés d'un certain nombre de droits et d'obligations en vertu du droit international¹⁷. Comme cela a été indiqué, elles ont certains

¹⁴ Perhaps uniquely, Norway manages the global portfolio of its government pension fund in accordance with ethical guidelines, which has led to disinvestments in two major transnational companies, one on human rights grounds. <http://odin.dep.no/etikkradet/english/documents/099001-110013/dok-bu.html>.

¹⁵ This section provides partial responses to paragraphs 1 (a) and (c) of resolution 2005/69.

¹⁶ International legal responsibility attaches to individuals for a wider range of acts than those covered by the ICC Statute.

¹⁷ Rosalyn Higgins, current President of the International Court of Justice (ICJ), and Theodor Meron, former President of the International Criminal Tribunal for the former

droits en vertu de traités bilatéraux d'investissement, et elles ont également des obligations en vertu de plusieurs conventions relatives à la responsabilité civile notamment en matière de pollution environnementale. Bien que cela n'ait aucune incidence directe sur la responsabilité des entreprises pour crimes internationaux, il reste qu'il est désormais plus difficile de maintenir que les entreprises devraient être entièrement exonérées de responsabilité dans d'autres domaines du droit international.

21. Le Comité préparatoire de la CPI et la Conférence de Rome sur la création de la CPI ont examiné une proposition visant à étendre la compétence de la Cour aux personnes morales (autres que les États), mais des différences d'appréciation nationales en ont empêché l'adoption. Cela étant, de même qu'autrefois l'absence d'un mécanisme international de responsabilité n'a pas empêché la responsabilité individuelle pour les crimes internationaux, cela n'empêche pas actuellement l'émergence de la responsabilité des entreprises.

22. En effet, la responsabilité des entreprises s'élabore au confluent de deux phénomènes: d'une part, le développement et le perfectionnement de la notion de responsabilité individuelle par les tribunaux internationaux ad hoc et le Statut de la CPI; d'autre part, l'extension de la responsabilité pour crimes internationaux aux entreprises en droit interne. L'interaction complexe entre les deux phénomènes donne lieu au développement d'un réseau de responsabilité potentielle des entreprises pour crimes internationaux, imposée par le biais des juridictions nationales.

23. En droit international, la responsabilité individuelle découle de la commission directe d'un crime ou de l'incitation à le commettre, ou encore des crimes commis par des subordonnés dont le supérieur avait des raisons de savoir qu'ils seraient commis, mais n'a rien fait pour les empêcher. Les tribunaux internationaux ont également reconnu la responsabilité de personnes qui avaient «aidé et encouragé» à commettre un crime, ou qui avaient participé à la réalisation d'«un objectif commun» ou à «une entreprise criminelle commune»¹⁸. On ne saurait établir de parallèles rigoureux entre les normes qui s'appliquent aux personnes physiques et celles qui s'appliquent aux personnes morales. Cependant, les juridictions nationales qui ont eu à se prononcer sur la responsabilité des entreprises pour crimes internationaux se sont inspirées des principes relatifs à la responsabilité individuelle, comme l'a fait une cour d'appel des États-Unis (*Court of Appeals for the Ninth Circuit*) dans l'affaire *Unocal*¹⁹.

Yugoslavia (ICTY), have both used the term “participants”. In 1949, the ICJ stated: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends on the needs of the community.” *Advisory Opinion on Reparations for Injuries suffered in the service of the United Nations*, ICJ Rep 174 at 179 (1949).

¹⁸ “Common purpose” applies where an individual participates in a common design involving the perpetration of a crime, and shares an intention to commit the crime. The ICTY has also developed the doctrine of “joint criminal enterprise” which applies where a crime other than the intended one occurs, and where the individual foresaw the risk but continued to participate.

¹⁹ *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir, 2002). The case settled and the decision was vacated.

24. Parallèlement, le nombre de juridictions devant lesquelles des poursuites peuvent être engagées contre des entreprises pour crimes internationaux s'accroît à mesure que les pays ratifient le Statut de la CPI et intègrent ses définitions en droit interne. Lorsque les systèmes juridiques nationaux prévoient déjà des sanctions pénales contre les entreprises, les normes internationales applicables aux individus peuvent être étendues, dès lors, aux entités commerciales²⁰. Même quelques pays qui ne sont pas parties à la CPI ont intégré dans leur droit interne un ou plusieurs des crimes prévus par le Statut, avec des implications juridiques potentielles pour les entreprises²¹.

25. L'intégration en droit interne peut également avoir une dimension extraterritoriale. Plusieurs pays prévoient une compétence extraterritoriale pour ce qui est des crimes internationaux commis par ou contre leurs ressortissants; par ailleurs, quelques-uns s'appuient sur la «compétence universelle» pour étendre leur législation, indépendamment des liens de nationalité²². Ainsi, si elles permettent également d'adopter des sanctions pénales contre des sociétés, ces dispositions extraterritoriales pourraient être étendues aux entreprises.

26. Hormis l'intégration en droit interne de normes internationales, un certain nombre de systèmes juridiques évoluent de manière indépendante vers une plus grande reconnaissance de la responsabilité pénale des entreprises pour des violations du droit interne. La plupart des pays de *common law* ont de telles dispositions, du moins pour des infractions économiques et quelques crimes violents. De nombreux pays européens de droit romain sont allés au-delà d'une simple réglementation administrative et ont adopté la responsabilité pénale des entreprises sous une forme ou sous une autre.

27. Dans ce contexte mouvant, les simples lois de la probabilité suggèrent qu'à l'avenir les entreprises verront s'accroître leur responsabilité pour crimes internationaux. Leur responsabilité pénale ou civile pourra être engagée, selon que les normes internationales sont intégrées dans le Code pénal d'un État ou fondent une action au civil (comme c'est le cas aux États-Unis, en vertu de la *Alien Torts Claims Act*, ou ATCA). En outre, les sociétés ne peuvent pas savoir exactement où une action sera engagée contre elles ou bien quelles normes précises seront retenues, dans la mesure où il n'y a pas deux juridictions nationales qui aient des règles identiques en matière de preuve et de procédure. Enfin, des actions peuvent être engagées au civil pour des infractions

²⁰ For a detailed survey of 16 countries from a cross-section of regions and legal systems, see Anita Ramasastry and Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law - Executive Summary* (2006) available at www.fafu.no/liabilities. Of the 16, 11 were States parties to the ICC and 9 had fully incorporated the three crimes of the Rome Statute; of these, 6 already provided for corporate criminal liability. Research has not been completed on all 104 countries that had ratified the Rome Statute as of November 2006.

²¹ The Fafu survey cites the examples of Japan, India, the United States, Indonesia, and Ukraine. The first three generally apply criminal laws to corporations.

²² Of the 16 countries in the Fafu survey, 11 provide for a nationality link, 5 rely on universal jurisdiction, and several do both; 9 of these provide for some form of corporate criminal liability in their domestic laws.

connexes en vertu du droit interne, telles que voies de fait ou séquestration²³. En bref, le climat de risque pour les sociétés se développe lentement mais sûrement, tout comme les possibilités de réparation pour les victimes.

28. S'ajoutant à l'incertitude qui pèse sur les entreprises, d'importantes variations nationales continuent d'exister en ce qui concerne les modes d'attribution de la responsabilité aux entreprises. Vu la difficulté qu'il y a à établir «l'intention et la volonté» d'une entreprise dans une affaire pénale, un certain nombre de juridictions ont adopté une approche fondée sur la «culture d'entreprise». En Australie, où la culture d'une société a été réputée permettre, expressément ou tacitement, la commission d'une infraction par un employé, la société peut en être tenue responsable²⁴. Aux États-Unis, les directives fédérales sur le prononcé de la peine tiennent compte de la culture d'entreprise pour évaluer les pénalités monétaires²⁵.

29. Il y a aussi des différences nationales en ce qui concerne l'attribution de la responsabilité au sein des entreprises transnationales. Selon la doctrine de la personnalité distincte de la société, chaque société d'un groupe constitue une entité juridique distincte. Il n'existe pas de formule uniforme pour «percer l'écran social» qui sépare une filiale de la société mère lorsqu'il s'agit de tenir celle-ci responsable des actes de celle-là. La possibilité pour l'État du siège d'imposer la responsabilité civile de la société mère pour les actes et omissions de ses filiales à l'étranger a été envisagée²⁶. Les règles qui régissent la compétence extraterritoriale semblent indiquer que de telles dispositions sont possibles.

30. Rares sont les sociétés légitimes susceptibles de commettre directement des actes constitutifs de crimes internationaux. En revanche, il est plus probable qu'on les considère «complices» de tels crimes. Par exemple, la plupart des 40 et quelques actions engagées contre des entreprises aux États-Unis sur la base de l'ATCA (qui constitue désormais la jurisprudence interne la plus importante en matière de responsabilité des entreprises pour crimes internationaux) portaient sur des allégations de complicité, dans des affaires où les auteurs effectifs des actes incriminés étaient des forces de sécurité publiques ou privées, d'autres agents gouvernementaux ou des factions armées dans des conflits civils²⁷.

²³ “Note on the work of the ICJ Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes”, 22 January 2007 (on file with the Special Representative).

²⁴ See Australian Criminal Code Act 1995 (Cth), sections 12.3 (2) (c) and (d).

²⁵ The 2005 Federal Sentencing Guidelines permit judicial consideration of whether a corporation has an “organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law” §8B2.1 (a).

²⁶ See *Connelly v. RTZ Corporation plc* AC 854 (1998), and *Lubbe v. Cape plc* 4 All ER 268 (2000) (House of Lords, UK).

²⁷ The Supreme Court's only decision under ATCA, *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 US 692 (US, 2004), does not preclude such liability for corporations, and the weight of current US judicial opinion appears to support it, although there is disagreement among lower courts over its content and, in some cases, its existence.

31. La complicité de l'entreprise est une expression générique qui recouvre un ensemble de modalités permettant d'engager la responsabilité des sociétés pour leur participation à des infractions pénales ou civiles. Selon des nuances marquées, la plupart des systèmes juridiques semblent reconnaître la notion de complicité. Les tribunaux internationaux ont élaboré une norme relativement claire concernant la responsabilité pénale individuelle en cas d'aide et d'encouragement à la commission d'une infraction: il suffit d'avoir apporté, en connaissance de cause, une assistance pratique, un encouragement ou un appui moral qui a eu un effet notable sur la commission du crime²⁸. Lorsque des juridictions nationales adoptent cette norme, il est probable que son application aux entreprises reviendrait à l'appliquer à des individus, même si la notion d'«appui moral» risque de poser des difficultés particulières²⁹.

32. L'«appui moral» peut établir la responsabilité individuelle en droit international, et les tribunaux l'ont étendu à la présence silencieuse allant de pair avec l'autorité. Cependant, une entreprise qui essaie de bonne foi d'éviter de prendre part à des violations des droits de l'homme peut avoir du mal à savoir ce que recouvre l'appui moral à des fins juridiques. Il est peu probable que la simple présence dans un pays et le fait d'y acquitter des impôts soient susceptibles de créer une responsabilité. Mais, le fait de retirer des avantages économiques indirects du comportement illicite de tiers peut entraîner une telle responsabilité, laquelle dépendra de considérations telles que le caractère plus ou moins étroit des relations de la société avec ces tiers. Il est impossible en l'état actuel des choses d'être plus clair. Il est toutefois établi que, même lorsqu'une entreprise n'a pas l'intention de susciter une infraction, et qu'elle la regrette, elle ne sera pas pour autant exonérée de toute responsabilité si elle savait, ou aurait dû savoir, qu'elle apportait une assistance, et que cette assistance contribuerait à la commission de l'infraction.

III. RESPONSABILITÉ DES ENTREPRISES POUR D'AUTRES VIOLATIONS DES DROITS DE L'HOMME EN DROIT INTERNATIONAL

33. La responsabilité naissante des entreprises pour crimes internationaux se fonde sur l'acceptation croissante au niveau national des normes internationales en matière de responsabilité individuelle. Bien que ce phénomène continue d'évoluer, il y a des preuves observables de son existence. En revanche, la question de la responsabilité juridique des entreprises, à supposer qu'elle existe, pour d'autres violations des droits de l'homme en droit international est beaucoup plus controversée³⁰.

²⁸ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgement, No. IT-95-17/1 (ICTY Trial Chamber, 10 December 1998) and *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, No. ICTR-96-4-T (ICTR Trial Chamber, 2 September 1998). It is unknown whether the ICC will adopt this standard.

²⁹ When applying the individual standard to corporations, the court in *Doe v. Unocal* did not adopt the element of “moral support”.

³⁰ This section responds to paragraph 1 (a) of resolution 2005/69.

34. Aux niveaux nationaux, la portée et le contenu des responsabilités juridiques des entreprises au regard des droits de l'homme est extrêmement diversifiée³¹. Un inventaire systématique nécessiterait une étude complète pays par pays non seulement de l'applicabilité directe du droit international, mais également d'un éventail de mesures nationales pertinentes: protections constitutionnelles des droits de l'homme, dispositions législatives, mécanismes administratifs et jurisprudence. Toutefois, les premiers éléments de recherche n'ont pas permis de faire apparaître une pratique uniforme et cohérente des États établissant les responsabilités des entreprises en droit international coutumier³².

35. Selon la conception traditionnelle, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme n'imposent que des responsabilités «indirectes» aux entreprises, c'est-à-dire des responsabilités prévues en droit interne conformément aux obligations internationales des États. À l'inverse, certains auteurs considèrent que ces instruments imposent déjà des responsabilités juridiques directes aux entreprises, et qu'il ne leur manque des mécanismes directs en matière de transparence. Par exemple, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de l'ONU, expliquant que les normes qu'elle proposait «reflètent» et «reformulent» le droit international existant, a estimé que l'ensemble des obligations qui incombent aux États en vertu des traités – à savoir, respecter, protéger, promouvoir les droits et en permettre l'exercice – s'imposent aussi aux entreprises dans leurs «sphères d'influence».

36. Dans la présente section on recense les éléments qui attestent la responsabilité juridique directe des entreprises dans le cadre des sources internationales pertinentes en l'espèce, à savoir: la Charte internationale des droits de l'homme – la Déclaration universelle des droits de l'homme et les deux Pactes (le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques) –, les autres traités essentiels de l'ONU relatifs aux droits de l'homme et les principales Conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT). On y relève également les principales tendances qui sont à l'œuvre dans les systèmes régionaux de défense des droits de l'homme. Rien n'empêche les États d'imposer des responsabilités internationales directement aux sociétés; la question est de savoir s'ils l'ont déjà fait.

37. La Déclaration universelle des droits de l'homme occupe une place à part dans l'ordre normatif international. Son préambule proclame que «tous les individus et tous les organes de la société ... s'efforcent, par l'enseignement et l'éducation, de développer le respect de ces droits et libertés et d'en assurer, par des mesures progressives, d'ordre national et international, la reconnaissance et l'application universelles et effectives»³³. Pour reprendre les mots célèbres de Louis Henkin: «L'expression "Tous les individus" inclut les personnes morales. Tous les individus et tous les organes de la société, cela signifie que personne n'est exclu, aucune

³¹ For a study of seven jurisdictions conducted for the Special Representative, see Allens Arthur Robinson, *Brief on Corporations and Human Rights in the Asia Pacific Region* (August 2006), <http://www.reports-and-materials.org/Legal-brief-on-Asia-Pacific-for-Ruggie-Aug-2006.pdf>.

³² For one recent study, see Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (Cambridge University Press, 2006); also see State survey in A/HRC/4/35/Add.3.

³³ Adopted as General Assembly resolution 217 (III), 10 December 1948.

entreprise, aucun marché, aucun cyberspace. La Déclaration universelle s'applique à tous.»³⁴. Henkin a tout à fait raison lorsqu'il déclare que les aspirations et les revendications morales contenues dans la Déclaration s'adressent et s'appliquent à l'ensemble de l'humanité, et, comme nous le verrons dans la section V consacrée à l'autoréglementation, les sociétés elles-mêmes l'invoquent lorsqu'elles formulent leurs propres principes en matière de droits de l'homme. Mais cela n'équivaut pas à reconnaître un effet juridiquement contraignant.

38. Bon nombre des dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme font désormais partie du droit international coutumier. Bien qu'il n'y ait pas unanimité sur la question, on s'accorde en général à reconnaître que ces dispositions s'appliquent à l'heure actuelle uniquement aux États (et quelques fois aux individus) et que le préambule n'en fait pas partie. La plupart des dispositions de la Déclaration ont également été reprises dans les Pactes et d'autres traités de l'ONU relatifs aux droits de l'homme. Ces instruments établissent-ils des responsabilités juridiques directes pour les entreprises? Plusieurs d'entre eux reconnaissent dans le préambule, qui n'est pas contraignant, que les individus ont des obligations à l'égard des tiers. Mais les paragraphes du dispositif ne traitent pas expressément la question³⁵.

39. Les traités prévoient effectivement que les États ont l'obligation d'«assurer le respect» et de «garantir l'exercice» des droits. D'aucuns ont affirmé que ces expressions impliquent en premier lieu que tous les acteurs sociaux, y compris les entreprises, ont l'obligation juridique directe de respecter ces droits. Comment peut-on vérifier cette affirmation? Il est possible, par exemple, d'examiner les commentaires des organes conventionnels, dans la mesure où ils constituent des interprétations qui font autorité. Bien que le mandat de ces organes soit de définir les responsabilités de l'État, plusieurs d'entre eux se sont de plus en plus intéressés au rôle des entreprises elles-mêmes en ce qui concerne les droits de l'homme.

40. Lorsque les organes conventionnels examinent les responsabilités des entreprises, on ne sait pas clairement s'ils considèrent qu'elles sont juridiques par nature. Dans son observation générale la plus récente consacrée au droit de travailler, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels reconnaît, par exemple, que plusieurs acteurs sociaux «ont des responsabilités en ce qui concerne la réalisation du droit de travailler», que les entreprises privées – nationales et multinationales – «ont un rôle particulier à jouer en matière de création d'emplois, de politiques de recrutement et d'accès non discriminatoire au travail»³⁶.

³⁴ Louis Henkin, “The Universal Declaration at 50 and the Challenge of Global Markets”, *Brooklyn Journal of International Law*, 17 (April 1999), p. 25.

³⁵ Common article 5 (1) of the ICCPR and ICESCR provides that the Covenants should not be interpreted as implying “for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights ... recognized herein”. But it was not intended to establish substantive legal obligations on individuals or groups, nor have the treaty bodies interpreted it as such. Manfred Nowak, *United Nations Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (2nd rev. ed, 2005), pp. 111-119.

³⁶ CESCR, general comment No. 18, para. 52. For similar remarks see CESCR, general comments No. 14, para. 42 and 12, para. 20. See also CRC, general comment No. 5, para. 56, which says that the State duty to respect “extends in practice” to non-State organizations.

Cependant, dans la même observation, le Comité semble réaffirmer la conception traditionnelle selon laquelle ces entreprises «ne sont pas liées» par le Pacte. De même, dans son observation générale la plus récente, le Comité des droits de l'homme conclut que les obligations conventionnelles «n'ont pas ... d'effet horizontal direct en matière de droit international», c'est-à-dire qu'elles ne sont effectives entre acteurs non étatiques qu'en vertu du droit interne³⁷.

41. En résumé, les traités n'abordent pas expressément les responsabilités juridiques directes des entreprises, et les commentaires des organes conventionnels sur la question sont ambigus. Toutefois, le fait que les comités soient de plus en plus sensibles à la nécessité d'empêcher les violations par les entreprises revient à reconnaître que celles-ci sont capables à la fois de porter atteinte aux droits de l'homme et de contribuer à leur protection³⁸.

42. Sur un plan purement logique, on pourrait trouver un argument plus convaincant de la responsabilité directe des entreprises dans les principales conventions de l'OIT: en effet, elles concernent tous les types d'employeurs, y compris les entreprises; celles-ci reconnaissent en général que leur responsabilité est plus grande vis-à-vis de leurs employés que vis-à-vis d'autres parties; par ailleurs, le mécanisme de contrôle et la procédure de plainte de l'OIT précisent les rôles des organisations d'employeurs et des syndicats. Toutefois, le droit ne découle pas de la seule logique, et les responsabilités juridiques des entreprises en vertu des conventions de l'OIT demeurent indirectes.

43. Au niveau régional, la diversité est encore plus grande. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples est un instrument inhabituel en ce qu'elle impose des obligations directes aux individus, mais les avis divergent sur leurs effets et sur le point de savoir si elles s'appliquent à des groupes, notamment aux entreprises. Les commentaires des experts semblent indiquer que la Cour interaméricaine des droits de l'homme se serait écartée de la conception traditionnelle lorsqu'elle a reconnu que la non-discrimination produit des effets à l'égard des tiers, notamment dans les relations d'emploi privées, en vertu desquels l'employeur doit respecter les droits de l'homme de ses employés³⁹. La Commission interaméricaine des droits de l'homme s'est contentée de condamner les abus des acteurs non étatiques. La Cour européenne des droits de l'homme a généralement adopté la conception traditionnelle, imposant aux États des obligations de protéger radicales, mais leur laissant le choix des moyens⁴⁰.

44. En conclusion, il ne semble pas qu'à l'heure actuelle les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme examinés ici imposent des responsabilités juridiques directes aux entreprises. Il n'en demeure pas moins que les entreprises sont soumises à un examen de plus

³⁷ HRC, general comment No. 31, para. 8.

³⁸ Additionally, Security Council panels that assess the effectiveness of sanctions have specifically considered the role of corporations in violations.

³⁹ *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, Advisory Opinion OC-18, 17 September 2003, paras. 100 and 146, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_ing.doc.

⁴⁰ See Clapham, note 12 above.

en plus attentif des organes internationaux de protection des droits de l'homme. Et s'il est vrai que les États n'ont pas adopté de normes internationales relatives aux droits de l'homme contraignantes pour les entreprises, avec le monde des affaires et la société civile, ils se sont inspirés de certains de ces instruments pour mettre en place des normes et des initiatives juridiques non contraignantes. Il semble donc probable que ces instruments joueront un rôle essentiel dans toute future démarche visant à définir la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme.

IV. MÉCANISMES JURIDIQUES NON CONTRAIGNANTS

45. On parle de droit «non contraignant» (*soft law*) lorsqu'il ne crée pas, en tant que tel, d'obligations légalement contraignantes. Sa force normative découle de la reconnaissance d'attentes sociales par les États et d'autres acteurs clefs⁴¹. Les États peuvent recourir au droit non contraignant pour plusieurs raisons: pour définir les orientations futures éventuelles de l'ordre juridique international, et en comblant certaines lacunes, lorsqu'ils n'ont pas encore la capacité ou la volonté de prendre des mesures plus fermes; lorsqu'ils considèrent que des mécanismes juridiquement contraignants ne sont pas le meilleur moyen pour traiter une question particulière; ou encore, dans certains cas, pour éviter que des mesures plus contraignantes n'acquiescent une force politique.

46. La présente section analyse trois types actuels d'arrangements non contraignants concernant la responsabilité sociale et la transparence des entreprises en matière de droits de l'homme: le rôle normatif traditionnel des organisations intergouvernementales; les mécanismes de transparence renforcés récemment adoptés par un certain nombre d'initiatives intergouvernementales; et une forme multipartite naissante, associant directement les entreprises, ainsi que les États et des organisations de la société civile, qui consiste à s'attaquer aux sources des atteintes aux droits de l'homme qui sont le fait des entreprises⁴².

47. Un excellent exemple du rôle normatif des mécanismes non contraignants est la Déclaration de principes tripartite du BIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée non seulement par les États mais également par des organisations mondiales d'employeurs et de travailleurs. Cette déclaration proclame que toutes les parties, y compris les entreprises multinationales, «devraient respecter la Déclaration universelle des droits de l'homme et les Pactes internationaux correspondants»⁴³.

48. Les principes directeurs de l'OCDE jouent un rôle similaire. Ils reconnaissent que la capacité et la volonté des États de mettre en œuvre leurs obligations internationales relatives aux droits de l'homme varient. Par conséquent, ils recommandent aux entreprises de «respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations

⁴¹ Some soft law instruments may contain elements that already impose, or may come to impose, obligations on States under customary international law, which would give them binding effect independent of the soft law instrument itself.

⁴² This section responds to subparagraphs (a) and (e) of resolution 2005/69.

⁴³ ILO Tripartite Declaration, para. 8.

et les engagements du gouvernement du pays d'accueil»⁴⁴ – le commentaire indiquant expressément que ceux-ci incluent les engagements internationaux de l'État d'accueil⁴⁵.

49. Les gouvernements et les sociétés commerciales font largement référence à ces deux instruments qui pourraient, le moment venu, devenir plus contraignants. Ainsi, le rôle normatif des mécanismes juridiques non contraignants demeure essentiel pour l'élaboration et le développement ultérieur de normes sur la responsabilité des entreprises⁴⁶.

50. Plusieurs initiatives intergouvernementales ont récemment mis l'accent non seulement sur l'élaboration de normes pour les entreprises, mais aussi sur les moyens de renforcer la transparence au sujet de leur respect. Par exemple, sous la pression de la société civile, il est désormais possible à quiconque d'adresser une plainte contre une firme multinationale, relevant de la sphère des principes directeurs de l'OCDE, à un point de contact national (PCN) – qui est un mécanisme d'examen non judiciaire. Certains PCN donnent également davantage de renseignements sur les plaintes et les conclusions auxquelles elles ont abouti, ce qui a permis de mieux suivre socialement le comportement des entreprises et ce, bien que les résultats d'ensemble des PCN soient extrêmement inégaux. Par ailleurs, le Comité de l'investissement de l'OCDE a accru son contrôle sur les PCN, offrant ainsi une possibilité supplémentaire de contrôler la manière dont ils traitent les plaintes.

51. Pour sa part, la Société financière internationale (SFI) dispose à présent de normes de performance que les entreprises sont tenues de respecter si elles veulent bénéficier des investissements de la SFI. Ces normes comprennent plusieurs éléments relatifs aux droits de

⁴⁴ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, General Policies, para. 2 (revised 2000). The commentary notes the Universal Declaration of Human Rights “and other human rights obligations”.

⁴⁵ Because many of the most serious corporate-related human rights violations take place in what the OECD describes as weak governance zones, the Special Representative asked the world's largest representative business organizations to consult their membership and produce recommendations that could help close this governance gap. The International Organization of Employers and the International Chamber of Commerce collaborated with the Business and Industry Advisory Committee to the OECD on a set of proposals, including the following advice to companies that moves beyond the current requirements of the Guidelines: “All companies have the same responsibility in weak governance zones as they do elsewhere. They are expected to obey the law, even if it is not enforced, and to respect the principles of relevant international instruments where national law is absent.” IOE, ICC, BIAC, “Business and Human Rights: The Role of Business in Weak Governance Zones”, December 2006, para. 15, available at <http://www.business-humanrights.org/Gettingstarted/UNSpecialRepresentative>.

⁴⁶ One area where greater clarity is needed concerns the rights of indigenous people. The current lack of consensus on the practical implications of “consent” - in the formula of “free, prior and informed consent” to large-scale projects - is a major challenge for indigenous communities, business and Governments alike.

l'homme⁴⁷. En fonction du projet, la SFI peut exiger des études d'impact incluant des éléments relatifs aux droits de l'homme, et la consultation des communautés. Le respect de ces aspects par le client est soumis à l'examen d'un médiateur, qui peut entendre les plaintes de quiconque a subi les effets néfastes sur le plan social ou environnemental d'un projet financé par la SFI⁴⁸. Les normes de la SFI ont également des effets d'entraînement en matière de transparence, dans la mesure où les banques qui ont souscrit aux Principes de l'Équateur s'y intéressent, ce qui représente environ les deux tiers des prêts mondiaux pour des projets commerciaux⁴⁹.

52. Au-delà du système intergouvernemental, une nouvelle forme multipartite d'initiatives juridiques non contraignantes voit le jour. Les plus importantes de ces initiatives sont notamment les Principes volontaires relatifs à la sécurité et aux droits de l'homme (les Principes volontaires), qui encouragent les évaluations de risque sur les droits de l'homme par les entreprises et la formation des agents de sécurité dans le secteur minier; le système de certification connu sous le nom de «Processus de Kimberley» (*Kimberley Process Certification Scheme*), qui vise à lutter contre le commerce des «diamants de la guerre»; et l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (EITI), destinée à établir une certaine transparence en ce qui concerne les impôts, les redevances et les droits que les entreprises versent aux gouvernements des pays hôtes.

53. Motivées par la pression sociale, ces initiatives tentent de combler les lacunes réglementaires qui contribuent aux violations des droits de l'homme. Mais elles le font dans des contextes opérationnels particuliers et non dans une optique globale. En outre, reconnaissant que certains problèmes liés aux entreprises et aux droits de l'homme appellent des réponses pluripartites, elles énoncent un partage de responsabilités et établissent des mécanismes de transparence mutuelle dans le cadre de réseaux de collaboration complexes. Ceux-ci peuvent consister en une combinaison quelconque d'États d'accueil et d'États d'origine, d'entreprises, d'acteurs de la société civile, d'associations professionnelles, d'institutions internationales et de groupes d'investisseurs.

54. Ces dispositifs hybrides visent à renforcer la responsabilité et la transparence des États et des entreprises par le biais de normes et de procédures opérationnelles pour les sociétés. Ces normes et procédures s'accompagnent souvent d'une action réglementaire des gouvernements, tous ces dispositifs étant appuyés par des mécanismes de transparence. Par exemple, Kimberley comporte un système de certification global mis en œuvre en droit interne; les États s'assurent que les diamants qu'ils achètent proviennent de pays qui respectent les normes Kimberley en exigeant des protocoles en matière d'emballage et une certification

⁴⁷ Fundamental labour rights, the health and safety of surrounding communities, avoidance of involuntary resettlement, the rights of indigenous peoples, and protection of cultural heritage.

⁴⁸ Although the IFC standards have been criticized for “not going far enough”, they exceed the human rights requirements of the so-called Common Approaches among the export credit agencies of OECD member States.

⁴⁹ Critics charge that Equator banks themselves lack transparency in how they implement the principles.

détaillés, ainsi que des garanties concernant la chaîne des intermédiaires fournies par les compagnies.

55. Ces mécanismes de collaboration ne comportent pas d'organe législatif externe de normalisation ni d'organe de contrôle distinct pour déterminer si les normes sont respectées. Ces deux fonctions sont internalisées au sein de l'entité opérationnelle elle-même. Cependant, sans de tels mécanismes, comment est-il possible de les juger?

56. On peut considérer ces initiatives comme la manifestation encore largement expérimentale, d'une tendance consistant à établir et à mettre en œuvre volontairement des règles administratives globales, que l'on observe dans un certain nombre de domaines où le système intergouvernemental a été dépassé par l'évolution rapide des attentes de la société. Ces initiatives étant relativement nouvelles et peu répandues, on ne dispose pas encore de normes définitives pour les évaluer. Cependant, parmi les principaux critères que proposent ceux qui les étudient à titre professionnel, figure la crédibilité apparente de leurs structures de gouvernance et leur efficacité⁵⁰.

57. Par ailleurs, la crédibilité de leurs structures de gouvernance repose sur trois facteurs: la participation, la transparence et les évaluations de niveau en cours. Ainsi, en ce qui concerne la participation, la société civile et les industries membres ont collaboré avec les États à l'élaboration des normes relatives à la gouvernance, à laquelle ils participent à présent, dans le cadre des Principes volontaires, de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (EITI) et de Kimberley. S'agissant de la transparence, l'EITI et Kimberley ont adopté des procédures détaillées d'établissement de rapports publics pour les participants, ainsi qu'une surveillance multipartite. Pour ce qui est du respect des règles par les participants, Kimberley réalise des évaluations collégiales des États membres, souvent stimulées par les informations de la société civile indiquant des résultats insuffisants liés au Gouvernement; l'EITI a récemment mis en place un processus de validation par lequel le niveau des membres qui ne respectent pas les règles peut être publiquement diminué; pour sa part, Kimberley a retiré un pays, l'excluant de fait du commerce international des diamants – une mesure autorisée par les règles de l'Organisation mondiale du commerce.

58. Aucune des initiatives examinées ici n'applique toutes ces normes complètement. Mais chacune d'entre elles en applique certaines, et les participants semblent comprendre, parfois à leur corps défendant, que la crédibilité de ces initiatives dépend d'eux⁵¹.

⁵⁰ For case studies and discussions of advantages and risks of these novel approaches to international regulation, see the symposium on “Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, vol. 17, No. 1 (February, 2006).

⁵¹ The Voluntary Principles plenary is going through a difficult period of persuading all companies that the credibility of the initiative depends on explicit participation criteria. Even the strictly voluntary Global Compact adopted such criteria; as a result several hundred companies have been “delisted”.

59. L'efficacité de ces initiatives peut être mesurée de deux manières. L'une consiste à apprécier leur impact opérationnel sur le terrain. On s'accorde en général à reconnaître que Kimberley a ramené le commerce des diamants provenant de zones de conflit de 3 ou 4 % à 1 % du marché total; l'EITI du Nigéria indique que le pays a économisé l'équivalent de 1 milliard de dollars des États-Unis en 2004 et 2005⁵²; et les Principes volontaires ont été appliqués le plus complètement en Colombie – pays qui ne participe même pas encore officiellement au processus, mais où plusieurs milliers de membres des forces armées ont suivi une formation sur les droits de l'homme appuyée par des entreprises⁵³. Ainsi, bien que leurs participants admettent que des améliorations importantes sont nécessaires, ces initiatives ont une incidence opérationnelle notable.

60. Une deuxième façon de mesurer l'efficacité consiste à savoir si ces initiatives servent d'exemple pour d'autres. En effet, la relative facilité avec laquelle elles ont été mises en place, contrairement aux instruments fondés sur les traités, ainsi que leurs potentialités apparentes, ont directement inspiré des démarches parallèles dans des domaines connexes, notamment en ce qui concerne les règles relatives aux forces de sécurité privées, ainsi que des entreprises dans des secteurs autres que les industries minières⁵⁴.

61. Il convient de relever une dernière caractéristique des récentes innovations dans les arrangements juridiques non contraignants – tant intergouvernementaux que multipartites. En même temps qu'ils renforcent leurs mécanismes de transparence, la distinction entre ce qui est strictement volontaire ou obligatoire pour les participants s'estompe. Une fois que l'on en fait partie, il peut être difficile d'en sortir. Aucune entreprise n'a l'obligation d'accepter un financement de la SFI ou des crédits de banques qui ont souscrit aux Principes de l'Équateur, mais si elles le font, elles doivent respecter certains indicateurs de performance pour que le financement se poursuive. Les pays ont la liberté d'adhérer ou non à l'Initiative pour la transparence des industries extractives, mais s'ils y adhèrent les sociétés minières sont alors tenues de rendre publics leurs paiements aux Gouvernements. Le fait d'être suspendu ou expulsé de Kimberley a une incidence économique directe sur les pays et les entreprises. La formulation retenue pour les Principes volontaires – et, dans certains cas, le texte lui-même des Principes – a été intégrée dans des accords juridiques entre gouvernements et entreprises. Et, lorsque les

⁵² Luka Binniyat, "NEITI Saves Nigeria \$1 Billion - Okogwu", *Vanguard* (Lagos), 2 January 2007.

⁵³ Indications are that Colombia will become the first host country to join the Voluntary Principles. The Government has established a National Committee for the Voluntary Principles, including companies. The Government and companies have incorporated Voluntary Principles language into their agreements for public security forces protecting company operations. Both parties have established reporting systems for alleged abuses. And some companies use Voluntary Principles-related criteria in annual performance reviews of managers.

⁵⁴ Drawing on the Voluntary Principles precedent, the Swiss Government and the International Committee of the Red Cross are leading an effort to elaborate recommendations and best practices for States with regard to private military and security forces. The pilot phase of the Colombia guidelines, based on the Voluntary Principles text, has just been launched, aiming to extend the model to such non-extractive sectors as food and beverages.

Principes volontaires adoptent des critères de participation, leur non-respect pourrait conduire à l'expulsion.

62. En somme, le rôle normatif des mécanismes juridiques non contraignants demeure très important pour cristalliser les normes en formation dans la communauté internationale. L'attention accrue accordée à la transparence dans quelques arrangements intergouvernementaux, conjuguée aux innovations des mécanismes juridiques non contraignants qui associent les entreprises directement à l'élaboration de règlements et à leur application, indiquent que les États et les entreprises tiennent davantage compte des attentes sociales en évolution et reconnaissent la nécessité d'exercer une responsabilité partagée.

V. AUTORÉGLEMENTATION

63. Le mandat du Représentant spécial porte non seulement sur les normes juridiques, contraignantes ou non, mais aussi sur les attentes de la société, désireuse de voir les entreprises adopter un comportement citoyen et responsable, notamment eu égard aux droits de l'homme. L'un des indicateurs clefs à cet égard concerne les politiques et les pratiques que les entreprises elles-mêmes adoptent volontairement, en raison de leur évaluation des risques et des possibilités que représentent les droits de l'homme, le plus souvent sous la pression de la société civile et des communautés locales. La présente section recense ces normes d'autoréglementation⁵⁵.

64. Toutefois, il est impossible d'analyser l'intégralité des «entreprises commerciales». On dénombre actuellement plus de 77 000 sociétés transnationales dans le monde, qui ont 770 000 filiales environ et des millions de fournisseurs⁵⁶. Ces chiffres paraissent dérisoires au regard du nombre des entreprises locales, et du secteur informel plus important encore dans les pays en développement.

65. Le Représentant spécial a donc étudié un sous-ensemble d'entités commerciales afin de déterminer comment elles perçoivent la responsabilité sociale et la transparence des entreprises en matière de droits de l'homme. La première étude a consisté en une enquête par questionnaire auprès des 500 premières entreprises mondiales classées par le magazine *Fortune* (FG500), qui font l'objet d'une surveillance sociale dans la mesure où elles sont les entreprises les plus importantes au monde. La seconde («étude de reconnaissance des entreprises») a consisté en trois parties: les politiques effectives, plutôt que des réponses à un questionnaire, d'un éventail plus large d'entreprises variées de toutes les régions (notamment des pays en développement) sélectionnées selon la probabilité qu'elles aient des politiques relatives aux droits de l'homme; huit initiatives collectives qui comportent des normes relatives aux droits de l'homme, comme par exemple l'Association pour le travail équitable (FLA) ou le Conseil international des métaux et de l'environnement; et les critères relatifs aux droits de l'homme utilisés par cinq fonds d'investissement socialement responsables (fonds ISR)⁵⁷.

⁵⁵ The section responds to paras. 1 (a) and (e) of Commission resolution 2005/69.

⁵⁶ UNCTAD, *World Investment Report, 2006*, at: www.unctad.org/wir.

⁵⁷ The FG500 survey is summarized in A/HRC/4/35/Add.3; the other three studies are reported in HRC/4/35/Add.4. Sampling and other methodological issues are also discussed there.

66. Une telle analyse n'aurait guère été possible il y a cinq ans vu le petit nombre d'entreprises qui avaient des politiques en matière de droits de l'homme. L'augmentation a été particulièrement rapide parmi les grandes entreprises mondiales, qui ont leur siège essentiellement en Europe, en Amérique du Nord et au Japon. Les nouveaux venus d'autres régions ont pris du retard, bien que l'on ne sache pas clairement si ce retard traduit une différence fondamentale ou simplement un besoin de temps. Un grand nombre de sociétés dans l'étude de reconnaissance des entreprises n'ont pris part que récemment à des initiatives telles que le Pacte mondial, et elles commencent tout juste à élaborer des politiques en matière de droits de l'homme. Par ailleurs, l'enquête FG500 démontre que les politiques sont largement diffusées dans ce domaine: moins de la moitié des entreprises ont indiqué avoir connu elles-mêmes «un problème grave relatif aux droits de l'homme», bien que presque toutes aient signalé disposer de politiques ou de techniques de gestion en matière de droits de l'homme.

67. Toutes les entreprises du FG500, quels que soient la région ou le secteur, ont inclus la non-discrimination parmi les responsabilités fondamentales des entreprises, ce qui signifie au minimum que le recrutement et la promotion sont fondés sur le mérite. Les normes en matière de santé et de sécurité au travail ont été citées presque aussi souvent. Plus des trois quarts des entreprises ont mentionné la liberté d'association et le droit de négociation collective, l'interdiction du travail des enfants et du travail forcé, et le droit à la vie privée. Les entreprises européennes étaient plus enclines que les entreprises des États-Unis à reconnaître les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, le droit à la santé, et le droit à un niveau de vie décent.

68. Dans l'enquête, il était demandé aux entreprises du FG500 de classer les parties prenantes concernées par leurs politiques ou leurs pratiques en matière de droits de l'homme – en fait, il s'agissait d'indiquer quelle était leur conception de leur «sphère d'influence». Les salariés ont été classés les premiers (99 %), puis venaient les fournisseurs et les autres (92,5 %), et les communautés dans lesquelles les entreprises travaillaient (71 %), suivies par les pays où elles avaient des activités (63 %). Les seules variations notables étaient que les entreprises du secteur minier classaient les communautés avant les fournisseurs, et que les entreprises américaines et japonaises classaient les communautés et les pays d'exploitation à un rang bien inférieur par rapport aux entreprises européennes.

69. Les entreprises faisaient référence aux instruments internationaux en formulant leurs politiques. Parmi celles du FG500, les déclarations et les conventions de l'OIT étaient placées au sommet de la liste, suivies par la Déclaration universelle des droits de l'homme. Les traités de l'ONU relatifs aux droits de l'homme étaient peu souvent mentionnés. Le Pacte mondial était cité par un peu plus de 50 % des entreprises, et les principes directeurs de l'OCDE par un peu moins de 50 % d'entre elles. Plus de 80 % ont également indiqué qu'elles faisaient appel à des partenaires extérieurs pour leurs politiques relatives aux droits de l'homme. Les ONG étaient au sommet de cette liste, suivies par les associations professionnelles. Les organisations intergouvernementales venaient loin derrière en troisième position – à l'exception des entreprises des États-Unis, qui les plaçaient en cinquième place, derrière les syndicats et les gouvernements.

70. S'agissant de l'échantillon plus important d'entreprises, les résultats sont sensiblement les mêmes que pour les entreprises du FG500 en ce qui concerne la reconnaissance des normes du travail. En revanche, pour les autres droits, la reconnaissance était systématiquement inférieure. Le droit le plus élevé (16 %) était le droit à la sécurité de la personne, qui comprend à la fois le

droit à la vie et le droit de ne pas être soumis à un châtement cruel et inhabituel⁵⁸. Pour les domaines couverts par les droits sociaux, économiques et culturels, ces entreprises avaient tendance à souligner leurs contributions philanthropiques.

71. Des entreprises des deux catégories ont participé à l'une des huit initiatives collectives⁵⁹. La reconnaissance des droits par ces initiatives reflète étroitement les secteurs industriels: par exemple, celles dans le secteur manufacturier mettaient davantage l'accent sur les droits du travail, tandis que les initiatives dans le secteur minier privilégiaient les relations avec la communauté et les droits des autochtones. En outre, elles s'inspiraient de normes internationales: l'Association pour le travail équitable et le label «Social Accountability 8000» intègrent la plupart des principaux droits énoncés par l'OIT, voire les dépassent, tandis que les banques qui ont souscrit aux Principes de l'Équateur suivent de près les critères de performance de la SFI. Les indices des fonds d'investissement socialement responsables reflètent le niveau globalement élevé de reconnaissance des droits du travail, et plusieurs d'entre eux ont montré un intérêt particulier pour les droits des populations autochtones, ainsi que pour le droit à la vie familiale.

72. Comment ces entreprises et d'autres entités commerciales répondent-elles aux attentes sociales en matière de transparence? La plupart des entreprises du FG500 ont indiqué qu'elles disposaient de systèmes d'information internes pour suivre leurs résultats dans le domaine des droits de l'homme. Trois quarts d'entre elles ont indiqué qu'elles communiquaient également à l'extérieur, mais parmi celles-ci moins de la moitié utilisaient un support tel que l'Initiative mondiale sur les rapports de performance (GRI). Un contrôle, sous une forme ou sous une autre, de la chaîne d'approvisionnement était relativement courant. Mais un tiers seulement des entreprises ont indiqué qu'elles incluaient régulièrement des critères relatifs aux droits de l'homme dans leurs études d'impact social/environnemental. Cette structure se retrouvait en général dans l'étude sur la reconnaissance des entreprises.

73. De même, chacune des initiatives collectives impose la communication d'informations sous une forme ou sous une autre; l'ICMM utilise le GRI. La plupart exigent que les participants qui ne respectent pas les règles adoptent des mesures correctives, et quatre d'entre elles ont prévu des mécanismes de réclamations pour les employés ou les membres de la communauté. Cinq d'entre elles ont étendu les critères relatifs aux droits de l'homme aux méthodes de la chaîne d'approvisionnement, mettant en place des mécanismes de transparence tels que des audits périodiques ou la certification d'usines particulières ou de marques globales.

74. En résumé, les grandes entreprises reconnaissent les droits de l'homme et se donnent les moyens d'assurer une transparence élémentaire. Toutefois, même parmi celles-ci, le volontarisme n'est pas exempt de faiblesses. Les entreprises ne reconnaissent pas nécessairement les droits sur lesquels elles sont susceptibles d'avoir le plus grand impact. Et si les droits qu'elles reconnaissent s'inspirent en règle générale des instruments internationaux, le langage utilisé est rarement identique. Certaines interprétations sont tellement élastiques que

⁵⁸ Numeric differences in responses between the two samples are partially explained by the FG500 study relying on questionnaire responses, whereas the business recognition study examined actual company policies, but this does not account for order of magnitude differences.

⁵⁹ See HRC/4/35/Add.4 for details.

les normes perdent toute signification, ce qui complique pour l'entreprise elle-même, pour ne rien dire du public, le processus d'évaluation des résultats au regard des engagements.

75. On observe également des variations dans les droits que les compagnies privilégient, variations qui semblent sans rapport avec les différences sectorielles attendues, mais reflètent plutôt la culture politique des pays d'origine des entreprises. Par exemple, les entreprises européennes sont plus susceptibles d'adopter un ensemble complet de droits, comprenant les droits économiques et sociaux, tandis que les entreprises américaines tendent à restreindre l'éventail des droits et de leurs titulaires.

76. C'est toutefois en matière de transparence que l'autoréglementation est la plus critiquée. Le nombre et la diversité des instruments, tout comme leur incorporation, ont considérablement augmenté. Mais ils soulèvent également d'importantes questions sur le sens de la transparence et la manière dont elle est établie. Nous n'aborderons ici que trois de ces questions: les études d'impact sur les droits de l'homme; la pertinence; et l'assurance.

77. Pour les entreprises qui ont un impact physique ou sociétal non négligeable, la transparence devrait commencer par l'évaluation de leur impact sur les droits de l'homme, ce qui permettrait aux entreprises et aux communautés concernées de trouver dès le départ les moyens d'éviter des impacts négatifs. Plusieurs fonds d'investissement socialement responsables encouragent les études d'impact sur les droits de l'homme, ainsi que l'engagement en faveur de la communauté et le dialogue avec elle. Toutefois, les entreprises qui réalisent régulièrement de telles études sont relativement rares – quelques-unes seulement semblent avoir réalisé une étude d'impact sur les droits de l'homme complète, ce qui n'est pas la même chose que d'inclure certains critères relatifs aux droits de l'homme dans des études sociales/environnementales plus conséquentes⁶⁰. Apparemment, une seule société – BP – a rendu public un résumé de son étude d'impact sur les droits de l'homme. Aucune autre mesure n'aurait à elle seule d'effets plus immédiats sur les résultats des entreprises dans le domaine des droits de l'homme que la réalisation de telles études selon qu'il convient.

78. La notion de pertinence renvoie au contenu des rapports établis par les entreprises: contiennent-ils des informations effectivement utiles? Le nombre d'entreprises qui communiquent leurs profils social, environnemental et dans le domaine des droits de l'homme – appelés «rapports sur la durabilité» – a augmenté de manière exponentielle⁶¹. Cependant, la qualité ne correspond pas à la quantité. Beaucoup moins d'entreprises rendent compte systématiquement de la manière dont leurs principales stratégies et activités commerciales influent sur ces questions de «durabilité». Le plus souvent, elles se contentent plutôt de présenter de manière anecdotique des projets isolés et des activités philanthropiques. En outre, seules quelques entreprises associent rapports financiers et sociaux, bien que les premiers aient des

⁶⁰ The difference and its significance are described in a companion report, A/HRC/4/74.

⁶¹ Some estimates range as high as 3,000. "Trends in non-financial reporting", Global Public Policy Institute, Berlin, Research Paper Series, No. 6 (2006), available at <http://gppi.net/fileadmin/gppi/nonfinancialreporting01.pdf>. But the trend appears to have levelled off, perhaps reaching a saturation point.

incidences en matière de «durabilité» sur les derniers⁶². L'Initiative mondiale sur les rapports de performance (GRI) fournit des protocoles normalisés qui permettent d'améliorer la qualité et la comparabilité des rapports des entreprises; cependant, moins de 200 entreprises établissent leurs rapports conformément aux directives de la GRI, 700 autres les suivent en partie, tandis que d'autres affirment les utiliser de manière informelle⁶³.

79. L'assurance permet de savoir si les entreprises font effectivement ce qu'elles disent. Une proportion croissante des rapports de durabilité (autour de 40 %) comporte, sous une forme ou sous une autre, une déclaration d'audit, établie en règle générale par d'importants cabinets d'experts-comptables ou des cabinets plus petits⁶⁴. Deux normes mondiales d'assurance sont apparues, l'une qui permet aux sociétés de mieux contrôler ce qui est assuré (il s'agit de la norme ISAE3000), et l'autre qui permet au fournisseur d'assurance de prendre en considération les préoccupations des parties prenantes lorsqu'il détermine ce qui est pertinent et qui devrait donc figurer dans les rapports rendus publics (AA1000AS)⁶⁵. Ces deux **normes** aident le public à déterminer si la probabilité que les informations publiées soient fiables est raisonnable, en se fondant sur des facteurs tels que la qualité de la gestion, le contrôle, la collecte des données, et d'autres systèmes existants permettant de les obtenir, ainsi que sur la pertinence des données. Un nombre croissant, mais encore faible, de grandes entreprises utilisent ces normes.

80. S'agissant de la chaîne d'approvisionnement, les plus grands défis en matière d'assurance concernent la crédibilité. Des marques et des détaillants mondiaux, entre autres, ont élaboré des codes fournisseur pour compenser la faiblesse des normes ou leur non-application dans certains pays – et ce parce qu'elles doivent démontrer, pour répondre aux attentes sociales au niveau mondial, qu'elles respectent des normes minimales. Toutefois, sans assurance externe indépendante d'un type ou d'un autre, ces systèmes manquent de crédibilité, en particulier pour les entreprises dont les états de service laissent à désirer. Les normes concernant la vérification de la chaîne d'approvisionnement sont extrêmement variables. Celles qui jouissent de la plus grande confiance sont notamment la certification de marque par l'Association pour le respect des droits des travailleurs (FLA) et les systèmes de certification d'usine SA8000, qui comportent toutes deux des structures de gouvernance multipartite. Tout comme pour les initiatives hybrides examinées dans la section précédente, la crédibilité des mécanismes de transparence volontaire

⁶² The United Kingdom adopted a new company law in November 2006, which will require large listed companies to include, as part of their directors' report, information on environmental matters, employees, social and community issues and "essential" business partners. Information must be provided "to the extent necessary for an understanding of the development, performance and position of the company's business". Companies Act 2006, Section 417 (5).

⁶³ As of August 2006, data provided by GRI.

⁶⁴ Association of Chartered Certified Accountants and CorporateRegister.com, "Toward Transparency: Progress on Global Sustainability Reporting, 2004"; and "KPMG International Survey of Corporate Responsibility Reporting, 2005" (both on file with the Special Representative).

⁶⁵ International Auditing and Assurance Standards Board ISAE3000, and AccountAbility AA1000AS.

est renforcée lorsqu'ils comportent des processus de participation, de transparence et de contrôle, ce qui est le cas de ces deux systèmes⁶⁶.

81. Pour plusieurs raisons, tous les types d'entreprises n'ont pas été touchées par les initiatives présentées dans cette section. Premièrement, parce qu'un grand nombre d'instruments a été élaboré pour les grandes entreprises nationales et transnationales, et ne sont pas directement adaptés à des petites et moyennes entreprises. Il faut soit adapter les instruments existants, soit en créer de nouveaux. Deuxièmement, comme cela a été indiqué, les grandes entreprises des pays en développement commencent à peine à être associées à ces mécanismes. Troisièmement, une omission plus importante concerne les grandes entreprises publiques basées dans quelques pays émergents: à quelques exceptions près, elles ne se sont pas encore volontairement associées à ces initiatives, et l'on ne comprend pas encore très bien à quel moment les règles d'attribution de l'État s'appliquent à leurs résultats en matière de droits de l'homme⁶⁷. Enfin, et cela est vrai de toutes les initiatives volontaires – et d'un grand nombre d'initiatives réglementaires –, les entreprises déterminées à être à la traîne trouvent le moyen d'échapper au contrôle. Ce problème n'est pas propre aux droits de l'homme, et il ne s'agit pas d'un phénomène nouveau dans l'histoire. Mais lorsque la balance commence à pencher, les sociétés parviennent, d'une manière ou d'une autre, à atténuer, voire à éliminer le problème. Toute la difficulté est de faire pencher la balance – tel est l'objet du mandat du Représentant spécial.

VI. CONCLUSION

82. Les conditions qui permettent aujourd'hui aux entreprises de porter atteinte aux droits de l'homme résultent d'un déséquilibre entre forces économiques et capacités de gouvernance. Seul un rééquilibrage peut contribuer à régler le problème. En principe, les autorités publiques arrêtent les règles applicables au fonctionnement des entreprises. Mais, au niveau national, certains gouvernements sont purement et simplement dans l'impossibilité d'adopter des mesures efficaces, qu'ils aient ou non la volonté de le faire. Par ailleurs, sur la scène internationale, les États étant eux-mêmes en concurrence pour accéder aux marchés et aux investissements, les problèmes que pose l'action collective peuvent les empêcher d'agir en tant qu'«autorité publique» de la communauté

⁶⁶ A test of this proposition is currently under way. The Business Social Compliance Initiative, a European network of retailers, industry and importing companies, has formed a strategic alliance with SA8000 and become an “organizational stakeholder” in GRI. That ought to generate credibility benefits. At the same time, the world's four largest supermarket chains, Wal-Mart, Tesco, Carrefour, and Metro are launching their own initiative with no external stakeholder involvement and, to date, no transparency. The proposition would predict difficulties ahead. During a recent US court case against Wal-Mart for alleged labour violations in the factories of overseas suppliers, a company attorney stated that its supplier code of conduct “creates certain rights for Wal-Mart. It does not create certain rights and obligations on behalf of Wal-Mart”. While the claim may be legally correct, it leaves unanswered the question of just what promises to workers and consumers the company's code is intended to convey, and how the public can be assured that the promise is being kept. (Josh Gerstein, “Novel Legal Challenge to Wal-Mart Appears to be Faltering on Coast”, <http://www.nysun.com/article/45009>).

⁶⁷ See note 6, above.

internationale ou limiter cette action. Ce sont les populations et les communautés les plus vulnérables qui paient le prix le plus élevé pour ces lacunes en matière de gouvernance.

83. Des enseignements peuvent être tirés des périodes antérieures. À l'ère victorienne, la mondialisation n'a pas abouti car les gouvernements et les entreprises n'étaient pas parvenus à gérer ses incidences néfastes sur les valeurs fondamentales de la communauté sociale. De même, après la Première Guerre mondiale, la tentative de restaurer une économie internationale du «laisser-faire» a à peine été ébauchée qu'elle a dégénéré en idéologies politiques destructrices de droite comme de gauche, qui marqueront la première moitié du XX^e siècle – toutes promettant d'offrir une protection sociale contre des forces économiques contrôlées par d'«autres». Rien ne semble indiquer que de telles réactions extrêmes soient à l'œuvre aujourd'hui, mais telle est la dystopie que les États et les entreprises doivent prendre en considération – et éviter – lorsqu'ils évaluent la situation actuelle et se demandent où elle pourrait mener. Les droits de l'homme et la mondialisation durable sont inextricablement liés.

84. Dans le présent rapport, on a identifié des domaines de fluidité dans la constellation des entreprises et des droits de l'homme, qui, à certains égards, peuvent être considérés comme des signes d'espoir. Le fait juridique le plus important est de loin l'extension graduelle de la responsabilité aux entreprises pour crimes internationaux, dans le cadre de la compétence nationale, mais en vertu des normes internationales. Cependant, cette évolution est dans une large mesure un sous-produit inattendu du renforcement par les États du régime juridique applicable aux individus, et son fonctionnement effectif reflétera les variations des pratiques nationales, ce qui ne saurait constituer pour quiconque une solution idéale. On n'observe d'évolution aussi cohérente des normes juridiques contraignantes dans aucun autre domaine des droits de l'homme, ce qui laisse d'importantes lacunes en matière de protection des victimes, ainsi que de prévisibilité pour les entreprises – lesquelles peuvent toujours faire l'objet des foudres de l'opinion publique.

85. On a enregistré des innovations considérables dans les initiatives juridiques non contraignantes, qu'elles soient intergouvernementales ou, à plus forte raison, produites par des hybrides multipartites. Dans ce dernier cas, les États les plus directement confrontés à un problème urgent collaborent directement avec les entreprises et la société civile à la mise en place de systèmes réglementaires volontaires dans des contextes opérationnels particuliers. En outre, l'autoréglementation par les entreprises par le biais de codes et d'initiatives collectives, souvent menée en collaboration avec la société civile, montre également une certaine innovation et une diffusion des politiques. Toutes ces approches révèlent certaines potentialités, malgré des faiblesses évidentes. La principale difficulté consiste à faire de toutes ces initiatives de véritables interventions systémiques. Pour cela, les États doivent structurer de manière plus proactive les mesures d'incitation et de dissuasion pour les entreprises, tandis que les pratiques en matière de transparence doivent être plus profondément ancrées dans les mécanismes du marché eux-mêmes.

86. À en juger par les commentaires de l'organe conventionnel, renforcés par l'enquête du Représentant spécial auprès des États, les structures étatiques dans leur ensemble ne semblent pas toutes avoir intériorisé ce que signifie pleinement l'obligation de l'État de protéger, ni les implications de cette obligation en ce qui concerne la prévention et la sanction des violations par les acteurs non étatiques, notamment les entreprises.

Par ailleurs, les États ne semblent pas tirer pleinement parti des nombreux instruments juridiques et des moyens d'intervention dont ils disposent pour s'acquitter de leurs obligations conventionnelles. L'obligation de protéger étant au cœur même du régime international de protection des droits de l'homme, cette situation est préoccupante.

87. **Le manque de clarté quant aux implications de l'obligation de protéger se répercute également sur la façon dont la «sphère d'influence» des entreprises est comprise. Ce concept n'a pas de contenu juridique au-delà des relations entre institutions relativement directes. Mais en recherchant son utilité potentielle en tant qu'instrument d'intervention pratique, le Représentant spécial a découvert qu'il ne saurait être aisément séparé sur le plan opérationnel de l'obligation qui incombe à l'État de protéger. Lorsque les gouvernements n'ont pas de capacités ou qu'ils renoncent à leurs obligations, la sphère d'influence de l'entreprise joue un rôle important par défaut, qui ne résulte d'aucune position de principe. En effet, les différends entre gouvernements et entreprises sur la délimitation de leurs responsabilités respectives sont portés devant les tribunaux. Les solutions hybrides en matière d'instruments non contraignants ont constitué une contribution singulière en reconnaissant qu'à certains égards, la solution la plus sensée consiste à fonder les initiatives sur la notion de «responsabilité partagée». Il s'agit là d'une conclusion à laquelle sont également parvenus certains auteurs de philosophie morale au sujet des inégalités structurelles globales qui ne peuvent être réglées par les seuls régimes de responsabilité individuelle⁶⁸. Ce lien critique doit être étudié plus avant.**

88. **Les recherches et consultations approfondies menées aux fins du présent mandat démontrent qu'il n'y a pas de solution miracle au problème des droits de l'homme et des entreprises. Un large éventail de mesures impliquant tous les acteurs concernés est nécessaire. Inventorier les normes et les pratiques existantes et émergentes est une première étape essentielle. Il découle logiquement du présent rapport qu'il faudra procéder à une évaluation stratégique des principales mesures juridiques et des instruments d'intervention que les États et autres acteurs sociaux pourraient adopter, et formuler des avis et des recommandations sur les meilleures options ou combinaisons susceptibles d'engendrer des solutions efficaces sur le terrain. Cependant, le mandat du Représentant spécial n'étant que de dix-huit mois, il ne lui a pas été possible de mener plus avant son étude et de présenter au Conseil les «vues et recommandations» dont il était question dans la résolution 2005/69. Le Représentant spécial souhaiterait donc que son mandat soit prorogé d'un an pour mener à bien sa mission. Comme il l'a fait jusqu'à présent, il continuera de tenir des consultations transparentes avec toutes les parties prenantes avant de présenter ses vues et recommandations au Conseil dans son prochain (et dernier) rapport.**

⁶⁸ Iris Marion Young, "Responsibility and Global Labor Justice", *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, (No. 4 (2004)).