

5 octobre 2020

Document de position finalisé sur la deuxième version révisée du projet de traité relatif aux entreprises et aux droits de l'homme

Introduction

Les droits de l'homme sont un domaine clé pour l'Organisation internationale des Employeurs (OIE), *Business at OECD* (BIAC), *BusinessEurope* et leurs fédérations membres, qui représentent des dizaines de millions d'entreprises à travers le monde. Les fédérations ont déployé d'importants efforts de sensibilisation et de renforcement des capacités sur la base des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (ci-après, les "principes directeurs de l'ONU").

Ces principes directeurs ont changé la donne. Ces neuf dernières années, un nombre impressionnant d'entreprises, d'organisations internationales et d'initiatives réunissant de multiples parties prenantes ont fait leurs ces principes directeurs. Ces dernières années, dans le droit fil des principes directeurs de l'ONU, le devoir de diligence en matière de droits de l'homme est devenu un enjeu clé pour les entreprises, les gouvernements et les institutions internationales. Les principes directeurs de l'ONU, en tant que cadre de référence, ont clarifié les responsabilités respectives de tous les États et des entreprises et ont permis l'adoption d'une approche bien plus ciblée dans la promotion de la cause des entreprises et des droits de l'homme.

Ce constat ne veut pas pour autant dire que nous avons atteint tous nos objectifs, mais il n'a jamais été envisagé que la question des entreprises et des droits de l'homme puisse être réglée en neuf ans seulement. Néanmoins, les avancées réalisées par les entreprises dans la mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU et les travaux fructueux du groupe de travail de l'ONU sur les entreprises et les droits de l'homme montrent que nous sommes sur la bonne voie et que nous devrions poursuivre notre travail dans le cadre établi par les principes directeurs.

Mais les difficultés suivantes subsistent :

- Des problèmes systémiques au niveau des gouvernements, tels qu'une gouvernance inefficace, une piètre application des lois déjà "établies" et la corruption, ne se voient pas accorder l'attention voulue. Ces problèmes sont souvent à l'origine de difficultés rencontrées dans le domaine des droits de l'homme et ils placent les entreprises face à des situations complexes. Il ne peut et ne devrait pas être attendu des entreprises qu'elles remplacent les gouvernements et qu'elles jouent leur rôle dans l'application des lois et la prestation des services de base.
- L'accès à des voies de recours exige des systèmes judiciaires nationaux indépendants, efficaces et performants, qui jouissent de la confiance de la société et des entreprises. Dans de trop nombreux pays, les systèmes judiciaires nationaux ne disposent pas des ressources et des capacités nécessaires, et ils ne sont pas à l'abri de l'influence du pouvoir politique et de la

corruption. Il est essentiel de renforcer les systèmes judiciaires pour améliorer l'accès aux voies de recours au niveau local et garantir la protection des droits de l'homme.

- Plus de 60 % des travailleurs dans le monde évoluent dans l'économie informelle. C'est dans l'économie informelle que les droits de l'homme sont le plus souvent et le plus gravement menacés, et c'est donc là qu'il est important de porter son attention et de prendre des mesures de toute urgence. Les entreprises, les travailleurs et les gouvernements s'accordent généralement sur la nécessité de résoudre la problématique du secteur informel, mais les mesures prises par les gouvernements concernés demeurent inadéquates. Faute de solution innovante face aux dangers qui pèsent sur les droits de l'homme dans l'économie informelle, la situation ne pourra s'améliorer que de façon limitée sur le terrain.
- L'accent a été excessivement placé sur la diligence raisonnable. Si la diligence raisonnable fait partie intégrante des principes directeurs de l'ONU et constitue un élément central de l'action des entreprises dans le domaine des droits de l'homme, elle ne permet pas nécessairement de résoudre les problèmes plus systémiques.
- Les petites et moyennes entreprises (PME) sont l'épine dorsale de toutes les économies. Il n'existe pas suffisamment d'approches permettant d'aider les PME à assumer leurs responsabilités en matière de respect des droits de l'homme. Trop souvent, les approches adoptées ne prennent pas pleinement en considération, ni ne reflètent les besoins et les possibilités spécifiques des PME.
- Il convient de favoriser davantage la collaboration et la coopération entre les acteurs concernés pour résoudre de manière efficace les problèmes systémiques. Une action collective, sous réserve d'éventuelles problématiques antitrust, est particulièrement pertinente, sachant qu'une entreprise ne pourra pas à elle seule résoudre des problèmes systémiques ancrés profondément dans sa chaîne d'approvisionnement.

Malheureusement, la deuxième version révisée du projet de traité ne répond à aucun de ces problèmes. Au lieu de cela, elle s'éloigne des principes directeurs de l'ONU et détourne les ressources et l'attention des efforts de mise en œuvre actuellement déployés.

En particulier, les entreprises sont extrêmement préoccupées par les treize aspects suivants de la version révisée du traité :

Le champ d'application : Le champ d'application est une question controversée depuis le début. À l'origine, le traité n'était censé couvrir que les entreprises multinationales. Bien que la nouvelle version élargisse le champ d'application à "toutes les entreprises, notamment mais non exclusivement les entreprises transnationales", la présidence du Groupe de travail intergouvernemental a annoncé au cours de récentes consultations que le champ d'application ne serait défini qu'à la toute fin du processus de négociation. Il n'est pas acceptable de négocier un traité et de décider de son champ d'application par la suite. De plus, tout traité doit être conforme aux principes directeurs de l'ONU et ne devrait pas se limiter aux EMN. Au contraire, les organismes publics et les organisations non lucratives devraient

être explicitement inclus dans le champ d'application, étant donné qu'ils sont également exposés à des risques en matière de droits de l'homme et qu'il est de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme.

En outre, même si la communauté des entreprises se félicite que la version révisée du projet de traité couvre explicitement aussi les entreprises d'État, cette nouvelle version crée, sans raison apparente, une faille qui pourrait permettre aux États d'exempter les entreprises d'État et "d'autres entreprises" des obligations les plus lourdes du traité. Par conséquent, en dépit du message clé selon lequel les États doivent "montrer l'exemple dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme, en commençant par les entreprises dont ils sont les plus proches - les entreprises d'État", le champ d'application de ce traité pourrait de facto ne couvrir que les entreprises multinationales, ce qui créerait des conditions de concurrence déloyale.

1. **La définition du terme "victime"** : La version révisée du projet de traité dispose que le terme "victime" inclut ("*shall include*", en anglais) les membres de la famille proche ou les personnes à charge de la victime directe, et les personnes qui ont souffert d'un préjudice en intervenant pour apporter leur aide. L'utilisation de l'auxiliaire "*shall*" dans la version anglaise suppose que les membres de la famille et les personnes à charge sont nécessairement considérées comme des "victimes", et ce, quelles que soient les circonstances. Cette définition excessivement large devrait être révisée afin de remplacer l'auxiliaire "*shall*" par l'auxiliaire "*may*" ("pourrait inclure"). En effet, dans la plupart des pays, les jugements ou les dommages ne sont pas automatiquement étendus aux familles des plaignants dans toutes les circonstances. En outre, la notion de "souffrance émotionnelle" ("*emotional suffering*") n'est pas reconnue dans de nombreux systèmes juridiques. Enfin, il conviendrait de faire clairement la distinction entre le terme "victime" et le terme "plaignant" - le statut de victime n'étant accordé qu'à l'issue d'un jugement. Cette distinction supposerait que seules les victimes peuvent obtenir réparation.
2. **La définition de "relations commerciales"** : La version révisée du projet de traité définit une relation commerciale comme "toute relation entre des personnes physiques ou morales dans le cadre de la conduite d'activités commerciales [...] y compris des activités réalisées par voie électronique". L'utilisation du syntagme "toute relation" ("*any relationship*") élargit de manière irréaliste la portée potentielle de la responsabilité et des obligations en matière de diligence raisonnable imposées aux entreprises. En effet, cette formulation englobe les entités des chaînes d'approvisionnement mondiales avec lesquelles les entreprises n'entretiennent aucune relation contractuelle et sur les opérations desquelles les entreprises ne disposent d'aucun contrôle ni visibilité. Cette nouvelle formulation représente également un grand pas en arrière, étant donné que la version précédente du traité semblait reconnaître que les relations à réglementer étaient limitées aux "relations contractuelles" ("*contractual relationships*"). En outre, le terme "par voie électronique" ("*electronic means*") étend aussi de façon exponentielle le champ d'application, étant donné que, par exemple, des transactions virtuelles peuvent faire intervenir des entités intermédiaires relevant de juridictions qui n'ont rien à voir avec les parties à la transaction.

3. **La diligence raisonnable en tant que norme imposant une obligation de résultat** : Le processus de diligence raisonnable prévu dans le projet de traité exige que les entreprises préviennent effectivement les violations des droits de l'homme dans leurs chaînes d'approvisionnement, faute de quoi elles peuvent être tenues pour responsables - une approche qui s'écarte fortement de celle des principes directeurs de l'ONU. Dans ces principes directeurs, la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est présentée de manière plus appropriée comme une procédure dans le cadre de laquelle les entreprises prennent des mesures adéquates pour prévenir les incidences sur les droits de l'homme, en atténuer les effets et rendre compte de la manière dont elles y remédient. La version révisée cherche à transformer la diligence raisonnable d'une norme prévoyant une obligation de moyen en une norme imposant une obligation de résultat, ce qui pourrait s'avérer irréalisable pour les entreprises. En effet, de nombreuses entreprises comptent des milliers, voire des centaines de milliers de fournisseurs et l'influence d'une entreprise sur ses fournisseurs est souvent limitée. En outre, de nombreux soucis échappent au contrôle des entreprises et sont ancrés dans des problèmes gouvernementaux systémiques, tels que le manque de bonne gouvernance et la faiblesse de l'état de droit.

4. **Responsabilité** : La version révisée du projet de traité élargit la responsabilité des entreprises à l'incapacité de prévenir les violations des droits de l'homme, ce qui n'est pas la norme dans les principes directeurs de l'ONU (voir plus haut). Les principes n° 15 et n° 22 prévoient une réparation uniquement lorsqu'une entreprise a causé une violation des droits de l'homme ou qu'elle y a contribué. En outre, cette disposition contredit le principe juridique de base d'application dans la plupart des pays, selon lequel la responsabilité ne devrait être engagée que lorsqu'il existe un lien clair et prévisible entre le préjudice subi par la victime et l'entreprise tenue pour responsable.

Étant donné que la responsabilité est élargie aux personnes physiques, les responsables des droits de l'homme au sein d'entreprises pourraient donc même voir leur responsabilité engagée par des États. La version révisée vise donc à "lever le voile social" en imposant une plus large responsabilité à un vaste éventail d'entités et de personnes physiques.

5. **Pas de clause d'immunité** : Le projet de traité exclut explicitement toute clause d'"immunité" ("*safe harbour*") pour les entreprises qui exercent une solide diligence raisonnable, en dépit de laquelle des atteintes aux droits de l'homme pourraient tout de même se produire. En l'absence d'une telle immunité, les efforts que déploient de bonne foi les entreprises dans le cadre de leur procédure de diligence raisonnable pourraient ne pas être récompensés, et l'un des éléments qui les encouragent à exercer cette diligence raisonnable serait donc perdu.

6. **Compétence des tribunaux** : La portée de la compétence juridictionnelle proposée reflète toujours une notion de compétence extraterritoriale si vaste que les entreprises sont face à de graves incertitudes quant à l'endroit où elles pourraient être poursuivies en justice. La version révisée permet une compétence concurrente entre le pays hôte de l'EMN où le préjudice a eu lieu, le pays d'origine où l'EMN est située, et même un troisième pays "si la plainte est étroitement liée à une plainte introduite contre une personne morale ou physique domiciliée sur le territoire de l'État du for". La formulation "étroitement liée" ("*closely connected*") est

vague et n'est pas clairement définie sur le plan juridique. En outre, la définition du domicile d'une personne relève du droit national. Le droit fiscal applicable et la structure de gouvernance s'articulent autour des définitions nationales, et il n'est donc pas possible de redéfinir ces notions sans modifier l'ensemble de la structure du droit des sociétés.

L'étendue de la portée de la compétence juridictionnelle s'élargit encore si l'on tient compte de l'éventail des "activités commerciales" à réglementer, qui incluent les transactions électroniques (voir plus haut).

De plus, la version révisée du projet de traité rejette explicitement la règle du *forum non conveniens*, qui constitue pourtant une procédure essentielle dans de nombreux pays, conçue pour éviter la recherche du for le plus favorable. Elle augmente donc l'incertitude juridique et entre en contradiction avec les principes du droit international ainsi qu'avec diverses lois nationales.

7. **Droit applicable** : Contrairement à bon nombre des corpus législatifs, le nouveau projet de traité confère au plaignant le vaste pouvoir discrétionnaire de choisir le droit applicable, ce qui génère de grandes incertitudes quant au droit qui s'appliquera et encouragera les plaignants à rechercher le for le plus favorable.
8. **Accent sur les droits des plaignants** : Le traité met l'accent sur les droits des plaignants, au détriment des droits des défendeurs, tels que la garantie d'un procès équitable et le droit à la confidentialité. Par exemple, la version révisée prévoit le "renversement de la charge de la preuve", ce qui contrevient au principe juridique fondamental et bien établi de la présomption d'innocence et à la notion selon laquelle la charge de la preuve incombe au demandeur. En effet, exiger de la partie accusée qu'elle prouve son innocence enfreint les principes d'une procédure régulière et les notions fondamentales d'équité dans la plupart des pays. Alors qu'il avait été envisagé lors d'un débat mené au cours de sessions précédentes du Groupe de travail intergouvernemental d'employer ce "renversement" dans le sens plus commun d'un "mécanisme de transfert de la charge de la preuve" utilisé dans certains pays dans des cas bien précis, cette clarification n'est pas faite dans la nouvelle version révisée. En outre, les règles relatives à l'aide juridique doivent, d'une part, garantir que les victimes de violations des droits de l'homme aient accès à la justice et, de l'autre, elles ne doivent pas faciliter l'introduction de plaintes abusives. Pour garantir cette mise en balance des intérêts, il convient de définir certaines conditions pour le droit à l'aide juridique.
9. **Droits environnementaux** : Le terme "droits environnementaux" ("*environmental rights*") est repris dans la définition des "atteintes aux droits de l'homme" ("*Human rights abuse*"). Le terme "droits environnementaux" n'est pas défini en tant que tel, et il n'apparaît dans aucun traité international sur les droits de l'homme. En conséquence, l'inclusion de ce terme dans le projet de traité crée de l'incertitude quant à la portée des droits visés par le traité et elle n'a pas de fondement dans le droit international des droits de l'homme.
10. **Jugements étrangers** : En droit international, le fait que les tribunaux nationaux aient le pouvoir de refuser de reconnaître la force exécutoire de la décision prise par un tribunal étranger a toujours été un garde-fou important contre la compétence juridictionnelle des

tribunaux étrangers. Il s'agit là d'un mécanisme important qui permet à un tribunal national de rejeter la décision d'un tribunal étranger d'exercer sa compétence sur un défendeur situé dans le pays du tribunal national. Dans la mesure où elle oblige tous les États Parties à reconnaître et à appliquer les décisions de justice des tribunaux des autres États Parties - avec des exceptions très limitées - la version révisée du projet de traité fait disparaître ce garde-fou.

11. **Garanties financières** : La nouvelle disposition sur les garanties financières qui couvrent les demandes potentielles d'indemnisation n'est ni claire ni applicable dans la pratique et elle n'est dès lors pas acceptable, en particulier pour les petites entreprises dans le contexte de la crise du Covid-19.
12. **Recours collectif** : Le projet de traité prévoit la possibilité d'introduire des recours collectifs/actions collectives. Or, de nombreux systèmes juridiques ne reconnaissent pas le concept d'action collective contre une entreprise.

Conclusions

La deuxième version révisée du projet de traité ne répond pas aux préoccupations majeures que de nombreux gouvernements, entreprises et autres parties prenantes ont soulevées à la dernière réunion du Groupe de travail intergouvernemental et lors des consultations qui se sont ensuivies, et elle ne fera pas avancer la cause des entreprises et des droits de l'homme. Elle ne pallie pas les lacunes actuelles qui empêchent une promotion effective de la cause des entreprises et des droits de l'homme. Elle n'offre pas de moyens réalisables et efficaces de réparer au niveau local. Elle ne tire pas non plus parti de l'immense dynamique imprimée par la mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU. Au contraire, en continuant de s'éloigner des principes directeurs de l'ONU, la nouvelle version du projet de traité crée de profondes incertitudes quant aux rôles, aux responsabilités et aux attentes, et elle compromet les efforts futurs des entreprises pour la mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU.

Cette version révisée du projet de traité est une nouvelle occasion manquée de présenter un document fondé sur le consensus, qui mettrait en évidence des approches efficaces et rationnelles pour faire avancer la cause des entreprises et des droits de l'homme. En conséquence, la communauté internationale des entreprises désapprouve la deuxième version révisée du projet de traité dans sa globalité.

Les entreprises sont disposées à coopérer avec l'ensemble des parties prenantes pour promouvoir la cause des entreprises et des droits de l'homme conformément aux principes directeurs de l'ONU et dans le droit fil des avancées réalisées jusqu'à présent. L'impact sur les droits de l'homme de la pandémie de Covid-19 a montré qu'il importait au plus haut point d'agir collectivement et de collaborer de manière constructive. La prochaine réunion du Groupe de travail intergouvernemental devrait renverser la vapeur et mettre l'accent sur les causes profondes de la problématique des droits de l'homme, dans le respect des principes directeurs de l'ONU.

* * * *