



Comment un instrument juridiquement contraignant pourrait éliminer les obstacles que rencontrent les victimes d'atteintes aux droits humains par des sociétés transnationales et d'autres entreprises pour recourir à la justice

Par Daniel Uribe*
chercheur invité au Centre Sud

Introduction

La complexité des structures des sociétés dans l'économie mondialisée d'aujourd'hui est à l'origine de nombreux obstacles juridiques qui restreignent le droit des victimes à recourir à la justice en cas de violations des droits humains commises par des sociétés. Des universitaires, des organisations non gouvernementales (ONG) et d'autres acteurs sociaux du monde entier¹ ont largement rapporté et commenté maintes affaires qui reflètent les différents obstacles pratiques et procéduraux que les victimes d'atteintes aux droits humains perpétrées par des sociétés affrontent, tant dans les États d'origine que dans les États d'accueil où les sociétés transnationales exercent leurs activités, quand elles saisissent la justice afin d'obtenir réparation.

Même si les États ont l'obligation primordiale de protéger les droits humains, ils ne sont pas tous en mesure de faire face aux évolutions incessantes du monde des entreprises, notamment quand ces dernières exercent des activités transnationales, ce qui contraint les victimes d'intenter une action en justice à l'encontre des sociétés transnationales devant les tribunaux de l'État d'origine des sociétés en question². Dans de tels cas, les victimes achoppent dans l'État d'accueil sur le manque de lois matérielles et procédurales permettant d'obtenir réparation³, et dans l'État d'origine sur la question de la compétence des juridictions étrangères, sur le recueil des éléments de preuves et des informations et sur l'incertitude entourant la *levée du voile social*.

Par conséquent, pour faire avancer les discussions portant sur les atteintes aux droits humains commises par des sociétés transnationales et d'autres entreprises⁴, il faudrait recenser les différents obstacles juridiques et pratiques rencontrés par les victimes dans de telles affaires et envisager des solutions pour les éliminer. Le Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur un instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (ci-après le Groupe de travail) pourrait s'appuyer sur les réflexions présentées dans ce rapport pour étudier les différents mécanismes visant à garantir aux victimes un accès à la justice et pour déterminer les la-

cunes qu'un futur instrument juridiquement contraignant sur les sociétés et les droits humains pourraient corriger.

Difficultés rencontrées par les victimes d'atteintes aux droits humains commises par les sociétés

Au cours de la première session du Groupe de travail, Richard Meeran, avocat associé du cabinet Leigh Day ayant intenté des actions contre des multinationales sises au Royaume-Uni⁵, a fait état d'importantes insuffisances en matière d'accès aux voies de recours, dont divers obstacles procéduraux et pratiques⁶. Il a notamment soutenu que la règle du *forum non conveniens*, la levée du voile social et le recueil des éléments de preuve font partie des obstacles auxquels les victimes ont le plus souvent à faire face en cas de litiges transnationaux⁷.

Ces obstacles sont également mentionnés dans un rapport préparé à l'intention du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) portant sur la responsabilité des entreprises en cas de violations graves des droits de l'homme⁸, qui souligne par ailleurs que des différences existent en fonction des pays et que, dans de nombreux cas, elles reflètent la diversité des systèmes, cultures et traditions juridiques, ainsi que différents degrés de stabilité sociale et politique et divers stades de développement économique. D'après le rapport, ces différences constitueront une des difficultés à surmonter pour améliorer l'accès aux voies de recours au niveau national⁹.

Obstacles et limites pratiques

Contraintes économiques (honoraires des avocats et aide juridictionnelle)

Intenter une action en justice à l'encontre de sociétés transnationales ou d'autres entreprises qui auraient commis des violations des droits humains est souvent coûteux et chronophage. D'ordinaire, grâce à leurs moyens financiers supérieurs à ceux des victimes, les sociétés transnationales peuvent supporter des procédures judiciaires longues et complexes¹⁰ et s'attacher les services de grands cabinets d'avocats. À l'inverse, pour pouvoir introduire une action en justice, les victimes dépendent le

* Traduit de l'anglais par Mathilde Lesourd

plus souvent de l'aide juridictionnelle publique ou d'avocats travaillant bénévolement. En outre, l'incertitude entourant l'issue de telles affaires les rend plus risquées que d'autres types d'actions intentées par des particuliers en matière de frais de justice engagés et peut priver les victimes de l'aide juridictionnelle et de l'expertise dont elles ont besoin. Par conséquent, les victimes d'atteintes commises à l'encontre des droits humains par des sociétés transnationales et d'autres entreprises peuvent être dans l'impossibilité de saisir la justice.

- **Les difficultés pour obtenir une aide juridictionnelle** : Généralement, les États fournissent une aide juridictionnelle, laquelle est fonction des revenus ou des ressources des demandeurs, qui doivent donc prouver qu'ils ne disposent pas de moyens financiers suffisants pour supporter leurs frais de justice¹¹. De plus, la nationalité ou le lieu de résidence de la victime rendra plus difficile pour elle d'obtenir une aide juridictionnelle dans l'État du for, car elle devra démontrer que le pays dont elle est ressortissante ou résidente n'a pas prévu de mécanismes d'aide juridictionnelle pour le cas d'espèce, ou qu'ils sont inopérants¹².

Qui plus est, la plupart des États ne s'engagent à fournir l'aide juridictionnelle qu'en matière pénale¹³, même si certains acceptent de l'attribuer en matière civile eu égard au fond de l'affaire¹⁴. Il a toutefois été démontré qu'actuellement les États réduisent le financement de l'aide juridictionnelle dans les procédures ne relevant pas du droit pénal¹⁵.

- **Le principe du perdant payeur** : Le principe du *perdant payeur* implique que la partie succombante doit prendre en charge les frais de justice de la partie qui obtient gain de cause. Il est particulièrement risqué d'introduire une action en justice contre les sociétés sur le fondement des droits humains dans la mesure où elles sont prêtes à déboursier d'importantes sommes afin de se défendre¹⁶; par conséquent, les victimes ont tendance à ne pas engager d'action en justice ou à opter pour un règlement extrajudiciaire du litige. En outre, dans les juridictions n'appliquant pas le principe du *perdant payeur* ou ne l'appliquant que partiellement, le défendeur peut demander au tribunal de condamner la partie qui succombe aux dépens si l'action a été intentée de manière infondée, voire peut, en guise de représailles, entreprendre une action en dommages-intérêts pour atteinte à sa réputation¹⁷.

- **L'absence de mécanismes d'action de groupe ou d'action collective** : Les actions de groupe ou actions collectives sont des procédures où un ou plusieurs représentants peuvent agir au nom et pour le compte d'un groupe de victimes¹⁸. Habituellement, les cabinets d'avocats s'occupant d'actions de groupe sont payés sur honoraires conditionnels, ce qui signifie qu'ils supportent les dépenses engagées, mais qu'ils seront rétribués en fonction de l'issue du procès. Ce type d'actions nécessite, en somme, que des personnes, appartenant à un même groupe, se trouvent dans une situation de droit ou de faits similaire et que les prétentions des parties chargées

de la représentation soient représentatives de celles du groupe¹⁹. Toutefois, de telles actions ne sont pas acceptées dans tous les pays ; quand elles le sont, il faut généralement que les membres du groupe établissent la similarité de leur situation en démontrant avoir été traités de façon similaire *dans les faits* et non pas seulement avoir été soumis à une même politique générale de traitement²⁰, ce qui s'avère particulièrement difficile à prouver.

Accès à l'information et travail d'enquête

L'accès aux éléments de preuve et leur collecte dans l'État d'accueil, ainsi que la coopération judiciaire entre l'État d'origine et d'accueil sont essentiels afin de pouvoir enquêter plus avant sur les dommages que les victimes auraient subis du fait du comportement répréhensible des sociétés. Or, les procédures visant à autoriser l'accès aux informations et aux éléments de preuve dans les affaires relatives à des atteintes aux droits humains perpétrés par les sociétés demandent beaucoup de temps et de ressources. L'obtention des éléments de preuve est difficile et dispendieuse²¹ car, contrairement à la criminalité de rue ordinaire, les violations commises par les sociétés résultent d'actions accomplies et de décisions arrêtées à différents niveaux de l'entreprise, lesquelles sont normalement protégées par le droit des sociétés et les règles de confidentialité.

- **Le droit à la vie privée (demande de confidentialité)** : En principe, le droit à la vie privée s'entend du droit de toute personne de ne pas être l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance²². En vertu du droit à la vie privée, l'État ne peut pas procéder à des perquisitions ou à des saisies sans mandat. Bien que le droit à la vie privée des sociétés fasse débat²³, il est indéniable que les locaux à usage commercial ou professionnel sont des infrastructures privées, de sorte qu'un mandat est indispensable pour toute perquisition. Dans les affaires pénales en particulier, les autorités chargées de l'application des lois doivent démontrer *des motifs plausibles* pour avoir accès aux éléments de preuves relatifs à la commission d'une infraction. Dans les affaires n'ayant pas trait au droit pénal, la communication des éléments de preuves se fait sur décisions de justice relevant de procédures complexes et longues, notamment parce qu'il faut spécifier les informations et les documents requis, ainsi que leur pertinence au regard de l'enquête²⁴.

- **Le lieu de situation des éléments de preuves et des informations** : Dans les cas d'actes transnationaux, les défendeurs pourraient se servir du lieu où se trouvent les éléments de preuves et les informations afin de contester la compétence des juridictions de l'État d'origine des sociétés transnationales. Ils pourraient faire valoir que les juridictions de l'État d'origine ne sont pas compétentes pour enquêter sur les activités présumées à l'origine du dommage, étant donné que les preuves se trouvent sur un autre territoire où leur recueil serait plus facile. De surcroît, pour obtenir des preuves supplémentaires, les enquêtes et les instructions sur ces affaires impliquent nécessairement la mobilisation de nombreuses ressources et l'entière coopération des pays concernés²⁵. Si les res-

sources ou la coopération sont insuffisantes, les affaires risquent d'être rejetées²⁶.

• **Le volume et la complexité des informations :** Même dans les affaires où l'ordonnance de communication des pièces a une large portée²⁷, le volume et la complexité des documents d'entreprises et comptables nécessaires pour démontrer le bien-fondé de l'action et le contrôle des sociétés transnationales sur leurs filiales, leurs partenaires et les autres entités de la chaîne de valeur mondiale limiteraient la possibilité d'exploiter des preuves communiquées²⁸ dans la mesure où les actes répréhensibles commis par de grandes entreprises, comme les sociétés transnationales, sont probablement plus complexes que ceux commis par de plus petites entreprises privées. C'est pourquoi, le pouvoir judiciaire a plus de peine à faire la lumière sur les actes des sociétés transnationales²⁹.

Coopération insuffisante entre les États

La coopération internationale est fondamentale dans les affaires d'atteintes aux droits humains perpétrées par des sociétés qui exercent leurs activités à l'étranger. Comme expliqué précédemment, les demandeurs et les autorités publiques impliquées dans de telles affaires auront sans doute besoin de faire appel à la coopération internationale pour avoir accès aux informations, recueillir les éléments de preuves et entendre les témoins se trouvant à l'étranger ou pour saisir des biens afin de garantir l'exécution des décisions de justice et l'octroi concret de réparations. Cependant, la coopération judiciaire n'est pas une obligation ; elle repose sur la courtoisie entre États ou sur des instruments de coopération internationale.

• **Les différences de conceptions juridiques :** L'entraide judiciaire entre les États est essentielle afin de mener à bien les enquêtes ou les procédures judiciaires dans les affaires transfrontalières de violations des droits humains perpétrées par des sociétés. Néanmoins, les États n'ayant pas tous le même système juridique, des désaccords peuvent surgir quant aux normes juridiques à appliquer s'agissant de l'exécution des décisions de justice, de la portée des ordonnances de communication des preuves ou de la nature des sanctions et des réparations³⁰. Par conséquent, les organes chargés de l'application du droit ou les juridictions de l'État sollicité peuvent se dérober à toute coopération juridique ou judiciaire au motif de l'incompatibilité avec le droit et la pratique de leur pays³¹.

• **Le manque de courtoisie internationale et d'instruments de coopération internationale entre États :** La coopération judiciaire internationale entre États ne peut être obligatoire compte tenu du principe de souveraineté des États et du principe de non-ingérence dans les affaires intérieures des États. C'est pourquoi, en pratique, la coopération judiciaire internationale relève de l'application d'un accord international en la matière ou de la courtoisie internationale. Actuellement, tous les États ne sont pas parties à des accords internationaux, régionaux ou bilatéraux relatifs à la coopération

judiciaire³² et, dans la plupart des cas, les États qui souhaitent faire appliquer leurs décisions de justice ou autoriser certains actes préliminaires afin de faciliter les enquêtes sur les atteintes aux droits humains commises par les sociétés sont tributaires de la bonne volonté de l'État sollicité. Ainsi, les relations politiques, économiques et internationales entretenues par les États peuvent constituer un obstacle de plus pour les demandeurs ou les procureurs qui font appel aux juridictions étrangères.

Exécution des décisions de justice

Même quand les décisions de justice font prévaloir les intérêts des victimes sur ceux des sociétés transnationales et des autres entreprises, il peut, en pratique, s'avérer difficile de les faire appliquer. Posent notamment problème le montant des dommages-intérêts accordés, la répartition des dommages-intérêts entre les victimes réunies dans une action de groupe ainsi que, dans les affaires portant sur des comportements transnationaux, la divergence des normes juridiques applicables et les diverses conceptions de la notion de dommages-intérêts³³.

• **La possibilité des sociétés de se soustraire à leurs responsabilités :** En vertu de leur structure, les sociétés exerçant des activités transnationales peuvent rester impunies quand elles portent atteinte aux droits humains. Par exemple, en cessant leurs activités et en liquidant leurs biens dans l'État d'accueil, elles empêchent les victimes de percevoir les dommages-intérêts octroyés³⁴.

Règlements confidentiels des litiges et droits humains

Le règlement confidentiel des litiges opposant les sociétés transnationales aux victimes fait obstacle à l'examen d'autres motifs de responsabilité des sociétés, entrave la création de précédents et ne dissuade pas les sociétés de reproduire leur comportement. De plus, en raison de la nature confidentielle de ces règlements des litiges, les États ne peuvent pas vérifier si la réparation est appropriée et véritable.

Obstacles juridiques

Forum non conveniens

Habituellement, la règle du *forum non conveniens* s'applique dans les affaires concernant plus d'un for. En vertu de cette règle, une juridiction peut se déclarer incompétente si une autre juridiction est plus appropriée pour résoudre le litige. Par exemple, la juridiction peut estimer qu'il existe un autre tribunal ayant un lien plus réel et plus substantiel avec l'affaire³⁵. Dans les affaires de violations des droits humains liées aux sociétés, les juridictions ont souvent recours à la règle du *forum non conveniens* afin de décliner leur compétence.

• **La compétence personnelle et l'absence de lien suffisant :** Normalement, la compétence des juridictions se limite aux personnes physiques et morales et aux actes commis sur le territoire où elles sont établies ; comme les sociétés transnationales exercent leurs activités dans les États d'accueil par l'entremise de filiales, d'agents ou de distributeurs, les juridictions de leur État d'origine peuvent se déclarer incompétentes au motif que les affaires ne

présentent pas de lien suffisant entre la société transnationale et l'acte commis à l'étranger³⁶. Par ailleurs, les sociétés défenderesses peuvent avancer que l'absence de lien suffisant avec le for de l'État d'origine entrave le recueil des éléments de preuves, et l'accès aux informations et aux témoignages³⁷ et que, dès lors, l'action devrait être intentée devant une juridiction plus appropriée.

• **L'absence de normes juridiques communes sur l'application de la règle du *forum non conveniens*** : Même si cette règle implique de rechercher l'existence d'un autre for plus approprié pour trancher le litige³⁸, elle ne définit pas les conditions permettant de juger que celui-ci est plus approprié. Par exemple, certains tribunaux peuvent se déclarer compétents pour les actes commis sur leur territoire, car cela simplifie le recueil des preuves et l'accès à l'information³⁹, tandis que d'autres, en apparence appropriés, peuvent estimer ne pas être compétents pour connaître du litige à cause de la complexité et de la nature de ce dernier⁴⁰. L'absence de normes juridiques quant à l'application de la règle du *forum non conveniens* restreint le droit des victimes d'avoir accès à la justice dans la mesure où les règles qui président à la détermination du for approprié ne sont pas clairement établies.

Présomption contre l'extraterritorialité de la loi

Ces dernières années, une grande partie des actions en justice relatives aux droits humains et aux sociétés transnationales ont été intentées aux États-Unis. En effet, des victimes de délits civils commis à l'étranger se sont fondés sur la loi sur la responsabilité civile en cas de dommage causé à un étranger [*Alien Tort Statute*]⁴¹ pour introduire des actions en justice à l'encontre de leurs auteurs devant des juridictions américaines fédérales. Cependant, la présomption contre l'extraterritorialité, qui repose sur les principes de souveraineté de l'État et de non-ingérence dans les affaires intérieures des États, est bien connue aux États-Unis. En vertu de cette présomption, la législation d'un État ne s'applique qu'aux actes commis dans ledit État⁴². Concrètement, les juridictions d'un État s'abstiennent d'appliquer la législation nationale dans les affaires ayant trait à des actes ou à des comportements ayant eu lieu à l'étranger, mettant ainsi des limites à leur compétence pour juger de telles affaires.

• ***Kiobel contre Royal Dutch Petroleum Co***⁴³ : Il s'agit de l'affaire la plus connue de non-respect des droits humains par une société dans laquelle la présomption contre l'extraterritorialité de la loi a été étendue. Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a recherché si la loi sur la responsabilité civile en cas de dommage causé à un étranger⁴⁴ pouvait s'appliquer en dehors du territoire des États-Unis. En concluant que la loi ne régissait que les actes commis aux États-Unis et ne concernait donc pas les actes ayant eu lieu à l'étranger⁴⁵, la Cour a limité l'application extraterritoriale de cette loi aux seuls cas ayant un lien très étroit avec les États-Unis et n'entraînant pas de graves conséquences pour la politique étrangère des États-Unis⁴⁶ ; par conséquent, la présomption contre l'extraterritorialité est toujours valable pour l'essentiel.

Théorie de la personnalité distincte de la société

La théorie de la personnalité distincte de la société est fondée sur des principes du droit privé des sociétés et se retrouve sous une forme ou une autre dans le droit de la plupart des États. D'après cette théorie, les sociétés mères ne sont pas obligatoirement responsables du comportement des filiales qu'elles détiennent ou contrôlent⁴⁷. Autrement dit, d'après la théorie de la personnalité distincte de la société, une filiale est une personne morale distincte de la société mère qui la détient ou la contrôle ; cette logique vaut également pour les entreprises communes, les partenaires ou les autres entités de la chaîne d'approvisionnement d'une société. Cette théorie est lourde de conséquences en droit international, où on admet que les filiales ont la nationalité du pays où elles sont situées et non pas du pays où se trouve le siège de la société mère⁴⁸.

• **L'établissement du lien de causalité** : De la théorie de la personnalité distincte de la société procède également la difficulté d'établir le lien de causalité. Pour démontrer un lien de causalité, il faut prouver qu'une personne a, par son comportement, contribué à un dommage, et qu'elle peut être tenue pour responsable, car elle devait s'attendre à ce qu'un tel comportement cause un dommage⁴⁹. Or, dans les affaires d'atteintes aux droits humains causées par des sociétés transnationales, la théorie de la personnalité distincte de la société fait obstacle à l'établissement d'un lien, non seulement entre la société mère et la violation des droits humains, mais également entre la société mère et ses filiales, ce qui laisse moins de possibilités aux victimes pour obtenir une réparation effective et appropriée.

Règles de la prescription extinctive

Les règles de la prescription extinctive fixent la période pendant laquelle certaines actions en justice peuvent être intentées. Si la plupart des États disposent de telles règles, la longueur de la période peut varier en fonction notamment de la nature de l'action en justice et du montant des dommages-intérêts demandés. Dans les affaires de violations des droits humains perpétrées par des sociétés, la prescription extinctive peut limiter l'accès des victimes à la justice en raison des délais nécessaires au recueil des preuves et des informations ou des difficultés inhérentes aux enquêtes officielles à ce sujet⁵⁰. L'application des règles de prescription extinctive est d'autant plus compliquée dans les affaires impliquant des actes transnationaux que les juridictions doivent déterminer quelle est la loi nationale applicable au cas d'espèce⁵¹.

Choix de la loi applicable

Dans les affaires dépassant le cadre national, les juridictions ont coutume de rechercher si la loi applicable au cas d'espèce⁵² est celle de l'État du for ou celle de l'État étranger. Le plus souvent, les juridictions mettent en œuvre la loi du lieu où le dommage a été causé⁵³, mais les affaires relatives aux atteintes aux droits humains étant plus complexes, elles peuvent trouver de sérieux motifs d'appliquer la loi de l'État du for. Elles peuvent, par exemple, se fonder sur le fait qu'une action en justice n'est plus envi-

sageable à cause de la prescription extinctive prévue par l'État étranger, sur le fait que la nature et le montant de la réparation ne garantissent pas une réparation effective et appropriée ou sur d'autres raisons d'intérêt public visant à garantir le droit des victimes à faire appel à la justice. Néanmoins, l'incertitude sur la manière de décider de la loi applicable est source de difficultés pour les victimes dans la mesure où, en fonction de la loi applicable, elles devront se conformer à des règles de fond et de forme différentes.

Solutions envisageables pour éliminer les obstacles barrant l'accès à la justice dans les affaires d'atteintes aux droits humains commises par des sociétés

Même si l'idée d'aborder d'une seule et même façon la question du respect des droits humains par les sociétés transnationales et autres entreprises est discutable⁵⁴, cela ne veut pas dire qu'il faut renoncer à élaborer un instrument juridiquement contraignant qui viserait à renforcer les normes internationales relatives aux droits humains en lien avec les activités des sociétés transnationales. En effet, les solutions aux divers obstacles que les victimes d'atteintes aux droits humains commises par des sociétés rencontrent pour saisir la justice reposent sur l'action collective de la communauté internationale pour formuler des propositions visant à combler les vides du cadre juridique international censé garantir l'accès à la justice et l'obligation pour les entreprises de rendre des comptes.

Quelques solutions envisageables sont présentées ci-après.

Coopération internationale et complémentarité

La création de mécanismes de coopération internationale pourrait être la solution pour garantir l'accès à la justice aux victimes de violations des droits humains liées aux activités des entreprises étant donné qu'ils renforceraient les efforts entrepris par les États afin de mettre un terme aux comportements préjudiciables des entreprises. La coopération internationale devrait inclure la coopération entre les autorités chargées de l'application des lois, ainsi que l'entraide transfrontalière⁵⁵.

En outre, pour lever des obstacles spécifiques, le futur instrument juridiquement contraignant pourrait conférer aux juridictions étrangères le droit d'exercer leur compétence dans les affaires d'atteintes aux droits humains liées aux activités des sociétés en clarifiant le concept d'*absence de for compétent* relevant de la règle du *for de nécessité*⁵⁶ ou en prohibant l'application de la règle du *forum non conveniens*, afin de garantir aux demandeurs la possibilité d'actionner les sociétés transnationales directement devant les juridictions de leur État d'origine⁵⁷. Cette compétence juridictionnelle devrait être attribuée aux tribunaux étrangers sur le principe de la complémentarité, c'est-à-dire quand le *for principal*, compétent au premier chef, n'exerce pas sa compétence⁵⁸.

De plus, le futur instrument international pourrait établir de nouvelles règles dont il est besoin en matière de reconnaissance et d'exécution mutuelles des décisions de justice relatives à des violations des droits humains perpétrées par des sociétés. Nombreux sont les traités internationaux et régionaux⁵⁹ qui traitent de la reconnaissance et de l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale⁶⁰ et des sentences arbitrales étrangères⁶¹. Ils ont pour principaux objectifs de faciliter la reconnaissance des décisions de justice étrangères et d'instaurer des procédures rapides afin de les appliquer. Le Groupe de travail intergouvernemental pourrait ainsi s'inspirer des systèmes établis par ces traités et instituer des mécanismes d'exécution des décisions judiciaires portant sur les atteintes aux droits humains commises par les sociétés transnationales et autres entreprises, dans le but d'asseoir les fondements sur lesquels les États membres pourraient reconnaître ces décisions et de poser les bases de la réciprocité interétatique⁶².

Devoir de protection, de transparence et de rendre des comptes

Pour être efficace, le futur instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme devrait contraindre les sociétés à mettre en œuvre des mesures et des politiques alignées sur les normes nationales et internationales en matière de droits humains afin d'évaluer, de prévenir et de neutraliser les conséquences négatives de leurs activités sur les droits humains, notamment en ce qui concerne l'application des décisions de justice. Ainsi, l'instrument pourrait inclure une obligation juridique de protection, en vertu de laquelle une société mère serait tenue pour responsable d'un dommage causé à l'étranger par une personne morale faisant partie de sa structure si elle ne parvenait pas à démontrer qu'elle avait pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage⁶³.

Ainsi, les sociétés transnationales et les autres entreprises devraient appliquer les principes de transparence et d'accès du public à l'information afin que les autorités compétentes soient en mesure de contrôler leurs activités. À cette fin, elles pourraient avoir l'obligation de remettre des rapports sur les droits humains aux autorités nationales instituées à cet effet par le futur instrument sur le modèle des mécanismes nationaux de prévention prévus par le Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁶⁴. L'instrument pourrait également prévoir que des organes juridictionnels ou d'autres organes appropriés superviseront la conclusion de tout règlement extra-judiciaire des conflits opposant les victimes aux sociétés. En outre, le futur instrument devrait conférer aux autorités judiciaires le pouvoir d'appliquer, notamment, les théories de la *levée du voile social* ou de *l'entité économique unique*⁶⁵ afin de déterminer les liens qui unissent réellement des entités officiellement distinctes.

Conclusion

La mondialisation économique favorise les activités transnationales au sein des groupes de sociétés et entre eux. Or, dans l'exercice de leurs activités, les entreprises peuvent affecter et entraver la jouissance des droits humains, sachant que, compte tenu des différents obstacles pratiques et juridiques qui empêchent les victimes de saisir la justice, les sociétés ne sont tenues pour responsables ou condamnées à réparer ni dans leur État d'accueil ni dans leur État d'origine.

Le représentant spécial du secrétaire général de l'ONU chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises a reconnu qu'actuellement « [c]et ensemble hétéroclite de mécanismes demeure toutefois incomplet et présente des points faibles [et qu'il] doit être amélioré, tant au niveau des différents éléments qui le composent que dans son ensemble »⁶⁶. Par conséquent, au cours des débats sur l'élaboration et l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits humains, il faudrait évoquer les différents obstacles pratiques et juridiques existant dans ce domaine et évaluer les différentes solutions pour les surmonter, en mettant l'accent sur les mécanismes de coopération internationale et notamment sur « l'articulation et l'application efficaces des obligations extraterritoriales »⁶⁷ visant à « corriger les lacunes du cadre juridique international existant »⁶⁸.

Notes de fin :

¹ Voir par exemple EarthRights International, « Out of Bounds: Accountability for Corporate Human Rights Abuse After Kiobel » (2013) <https://www.earthrights.org/publication/out-bounds> (en anglais) ; Gwynne Skinner, Robert McCorquodale et Olivier De Schutter, « The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business » (Table ronde internationale sur la responsabilité des entreprises, Congrès de l'égalité raciale (CORE) et Coalition européenne pour la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (ECCJ), 2013) ; Center for Constitutional Rights (CCRJustice), « Corporate Human Rights Abuses », <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/issues/corporate-human-rights-abuses> (en anglais).

² Sarah Joseph, *Corporations and Transnational Human Rights Litigation* (Hart Publishers, Oxford, 2004).

³ Iman Prihandono, « Barriers to Transnational Human Rights Litigation against Transnational Corporations (TNCs): The Need for Cooperation between Home and Host Countries », *Journal of Law and Conflict Resolution* Vol 3(7) (2001), p. 90.

⁴ Dans ce rapport sur les politiques, les termes sociétés transnationales et multinationales seront utilisés pour faire référence aux sociétés transnationales et autres entreprises.

⁵ Voir <https://www.leighday.co.uk/Our-experts/partners-at-ld/Richard-Meeran> (en anglais).

⁶ Voir l'exposé présenté par Richard Meeran au cours d'une réunion du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur un instrument juridiquement contraignant

sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme instauré par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies (juillet 2015), tel qu'il a été transcrit dans le numéro 87-88 du South Bulletin (version anglaise), p.21.

⁷ *Ibid.*

⁸ Jennifer Zerk, « Corporate Liability for Gross Human Rights Abuses: Towards a Fairer and More Effective System of Domestic Law Remedies » (2013), consultable à l'adresse <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/DomesticLawRemedies/StudyDomesticLawRemedies.pdf>, (en anglais, date de dernière consultation : août 2016).

⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁰ Justin Jos, « Voice of Bhopal: Different Dimensions of the Barriers to Justice in Bhopal Gas Tragedy Case » (2016), consultable à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2803271, (en anglais, date de dernière consultation : août 2016).

¹¹ Voir les alinéas 1 et 2 de l'article 5 de la Directive 2002/8/CE du Conseil dans le Journal officiel des Communautés européennes, volume 46, (Bruxelles, le 31 janvier 2003).

¹² Voir *Connelly (A. P.) v. R. T. Z Corporation Plc and Others*, [1997] UKHL 30, et Richard Meeran, « Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States », *City University of Hong Kong Law Review* (2011), p. 34.

¹³ Voir Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 47-51.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Voir Asher Flynn, Jude McCulloch, Bronwyn Naylor, Natalie Byrom et Jackie Hodgson, « Access to Justice: A Comparative Analysis of Cuts to Legal Aid, Report of the Monash Warwick Legal Aid Workshop Hosted by Monash University with the support of the University of Warwick » (2014).

¹⁶ Zerk (2013), *op. cit.*, p. 80.

¹⁷ Voir Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 48-53.

¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹ Règle 23 des règles fédérales de procédure civile aux États-Unis.

²⁰ *Wal-Mart Stores Inc. v. Dukes*, 131 S. Ct. 2541 (2011) cité par Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 57.

²¹ Darryl K. Brown, « The Problematic and Faintly Promising Dynamics of Corporate Crime Enforcement », *Ohio State Journal of Criminal Law* vol. 1 (2004), p. 528.

²² Le droit à la vie privée est inscrit dans l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans l'article 17

du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans un certain nombre d'instruments régionaux relatifs aux droits humains.

²³ La Cour suprême des États-Unis a notamment examiné l'application du quatrième amendement de la Constitution des États-Unis (protection du droit à la vie privée) aux sociétés et a soutenu qu'outre les personnes physiques il protège les sociétés bien qu'à un degré moindre. Voir Brandon L. Garrett, « The Constitutional Standing of Corporations », *University of Pennsylvania Law Review* vol. 163 (2014), p. 122 – 128.

²⁴ Kent Greenwalt et Eli Noam, « Confidentiality Claims of Business Organizations » in Harvey J. Goldschmid and Columbia University (eds.), *Business Disclosure--Government's Need to Know* (McGraw-Hill, 1979), p. 386.

²⁵ Al-Haq, « Prosecutor Dismisses War Crimes against Riwal », consultable à l'adresse <http://www.alhaq.org/advocacy/targets/accountability/71-riwal/704-prosecutor-dismisses-war-crimes-case-against-riwal>, (en anglais, date de dernière consultation : août 2016).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Greenwalt et Noam (1979), *op. cit.*, p. 387.

²⁸ Brown (2004), *op. cit.*, p. 527.

²⁹ *Ibid.*, p. 528.

³⁰ Zerk (2013), *op. cit.*, p. 101.

³¹ *Ibid.*

³² Voir, par exemple, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, conclue entre les parties contractantes au traité instituant la Communauté économique européenne, le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York en 1958, et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international.

³³ Zerk (2013), *op. cit.*, p. 85.

³⁴ Voir Transnational Institute (TNI), « Architecture of Impunity » (2015), consultable à l'adresse <https://www.tni.org/en/impunityinfographic> (en anglais, date de dernière consultation : août 2016) ; Business and Human Rights Resource Centre, « Kaweri Coffee (part of Neumann Gruppe) lawsuit (re forced eviction in Uganda) », consultable à l'adresse <https://business-humanrights.org/en/kaweri-coffee-part-of-neumann-gruppe-lawsuit-re-forced- eviction-in-uganda>, (en anglais, date de dernière consultation : août 2016).

³⁵ Voir les arguments avancés par la défense dans l'affaire *Connelly (A. P.) v. R. T. Z Corporation Plc and Others* [1997] UKHL 30.

³⁶ Voir la décision de la Cour suprême des États-Unis *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

³⁷ Al-Haq, *op. cit.*

³⁸ Carlos Arevalo, « Is an International Corporate Human Rights liability framework needed? An Economic Power, Business and Human Rights, and American Extraterritorial Jurisdiction analysis », *Opinion Juridica Universidad de Medellin* vol. 12 (2013), p. 110.

³⁹ *Sahu v. Union Carbide Corp.*, 746 F. Supp. 2d 609 (Dist. Court, SD New York 2010).

⁴⁰ *Connelly (A. P.) v. R. T. Z Corporation Plc and Others* [1997] UKHL 30.

⁴¹ 28 U.S.C. § 1350 : US Code - Section 1350.

⁴² William S Dodge, « Understanding the Presumption against Extraterritoriality », *Berkeley Journal of International Law* vol. 16 (1998), p. 88.

⁴³ 133 S.Ct. 1659 (2013).

⁴⁴ La loi des États-Unis sur la responsabilité civile en cas de dommage causé à un étranger dispose qu'il est de la compétence des tribunaux de district de connaître en premier ressort de toute action civile intentée par un étranger pour un délit civil commis en violation du droit des gens ou d'un traité auquel les États-Unis sont parties. Cette loi vise à autoriser les personnes n'étant pas ressortissantes des États-Unis à introduire des actions devant des juridictions sises aux États-Unis à l'encontre de personnes physiques ou morales domiciliées aux États-Unis. Voir Theresa Adamski, « The Alien Tort Claims Act and Corporate Liability: A Threat to the United States » *International Relations, Fordham Int'l L. J.* vol. 34 (2011), 1502.

⁴⁵ 133 S.Ct. 1659 (2013).

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Zerk (2013), *op. cit.*, p. 65.

⁴⁸ Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 59.

⁴⁹ Voir Richard W. Wright, « Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability, and the Burden of Proof », *Loyola of Los Angeles Law Review* vol. 41 (2008), p. 1295.

⁵⁰ Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 39.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*, p. 43.

⁵³ Zerk (2013), *op. cit.*, p. 50.

⁵⁴ John Ruggie, « Résumé des débats tenus au Forum sur les entreprises et les droits de l'homme » (2013), Conseil des droits de l'homme, UN Doc. A/HRC/FBHR/2012/4, par . 79.

⁵⁵Pour un exemple de mise en œuvre de cette approche, voir la Recommandation (n° 203) sur le travail forcé (mesures complémentaires) de l'Organisation internationale du Travail (OIT), 2014, cent troisième session de la Conférence internationale du travail.

⁵⁶Skinner, McCorquodale et De Schutter (2013), *op. cit.*, p. 30.

⁵⁷Meeran (2015), cité à la page 21 du South Bulletin 87-88 de novembre 2015 (version anglaise).

⁵⁸Xavier Philippe, « Les principes de compétence universelle et de complémentarité : leur interconnexion », 88, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 862, (2006), p.377.

⁵⁹Pour de plus amples informations, voir Kinda Mohamadieh, « Les diverses possibilités de concevoir les obligations des États quant au respect des droits humains par les sociétés transnationales et autres entreprises dans un instrument juridiquement contraignant », Rapport sur les politiques 30, Centre Sud (2016).

⁶⁰Voir, entre autres, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, le Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, la Convention interaméricaine sur l'efficacité extraterritoriale des décisions et sentences arbitrales étrangères de 1979.

⁶¹Voir, par exemple, la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York en 1958, et la Convention interaméricaine sur l'arbitrage commercial international, adoptée en 1975.

⁶²Mohamadieh (2016), *op. cit.* p. 5.

⁶³Filip Gregor Garde et Hannah Ellis, « Fair Law: Legal Proposals to Improve Corporate Accountability for Environmental and Human Rights Abuses » (Coalition européenne pour la responsabilité sociale et environnementale des entreprises, 2016), p. 21.

⁶⁴L'article 3 du Protocole facultatif se rapportant à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants impose aux États l'obligation de mettre en place, de désigner ou d'administrer, à l'échelon national, un ou plusieurs organes de visite char-

gés de prévenir la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

⁶⁵Voir Carlos Correa, « À propos du champ d'application d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme », Rapport sur les politiques 28, Centre Sud, (2016).

⁶⁶Conseil des droits de l'homme, « Protéger, respecter et réparer: un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme » (2008), UN Doc. A/HRC/8/5, par. 87.

⁶⁷Points saillants des débats en ce qui concerne les obligations des États, South Bulletin 87-88 du Centre Sud (novembre 2015).

⁶⁸*Ibid.* ⁵¹*Ibid.*

Précédents rapports sur les politiques publiés par le Centre Sud

N° 17, mai 2014 – La relation entre le TIRPAA, l'UPOV et l'OMPI et l'importance d'un système juridique international plus cohérent sur les droits des agriculteurs

N° 18, mai 2015 – Le Protocole de Nagoya : présentation de ses principales caractéristiques, des défis qu'il pose et des perspectives qu'il ouvre

N° 19, juillet 2015 – Financing for Development Conference 2015: A View from the South

N° 20, août 2015 – Internationalisation de la finance et nouvelles sources de vulnérabilité des économies émergentes et en développement : le cas de la Malaisie

N° 21, septembre 2015 – Lack of Progress at the Twenty-Second Session of the WIPO SCP for a Balanced and Development-Oriented Work Programme on Patent Law Related Issues

N° 22, septembre 2015 – Les négociations de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles peuvent-elles aboutir ?

N° 23, octobre 2015 – Principes directeurs relatifs à la brevetabilité et accès aux médicaments

N° 24, mars 2016 – Five Points on the Addis Ababa Action Agenda

N° 25, mai 2016 – The Right to Development, Small Island Developing States and the SAMOA Pathway

N° 26, juin 2016 – Debt Dynamics in China – Serious problems but an imminent crisis is unlikely

N° 27, août 2016 – The Right to Development: 30 Years On

N° 28, septembre 2016 – À propos du champ d'application de l'instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme

N° 29, septembre 2016 – Tackling Antimicrobial Resistance: Challenges for Developing Countries

N° 30, octobre 2016 – Les diverses possibilités de concevoir les obligations des États quant au respect des droits humains par les sociétés transnationales et autres entreprises dans un instrument juridiquement contraignant



**CENTRE
SUD**

Chemin du Champ-d'Anier 17
1211 Genève
Suisse

Tél. : (4122) 791 8050

Fax : (4122) 798 8531

E-mail : south@southcentre.int

<http://www.southcentre.int>