



Assemblée générale

Distr.
GÉNÉRALE

A/HRC/8/16
15 mai 2008

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME
Huitième session
Point 3 de l'ordre du jour

**PROMOTION ET PROTECTION DE TOUS LES DROITS DE L'HOMME,
CIVILS, POLITIQUES, ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS,
Y COMPRIS LE DROIT AU DÉVELOPPEMENT**

Les notions de «sphère d'influence» et de «complicité»

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

Résumé

À l'alinéa *c* du paragraphe 1 de sa résolution 2005/69, la Commission des droits de l'homme a demandé au Représentant spécial d'étudier et de préciser les incidences pour les sociétés transnationales et autres entreprises de notions telles que «complicité» et «sphère d'influence». Le présent rapport, qui accompagne celui de 2008 que le Représentant spécial présente au Conseil des droits de l'homme, explique comment ces deux notions s'inscrivent dans l'obligation de respecter des droits qui incombe aux entreprises – obligation qui fait partie des trois principes qui sous-tendent le cadre stratégique indiqué dans le rapport principal. La notion de «sphère d'influence» semble trop large, et donc trop ambiguë, pour définir les contours du devoir de diligence, qui est au fondement de l'obligation de respecter; le Représentant spécial propose donc une autre voie d'approche de cette problématique. Par opposition, l'obligation d'éviter d'être complice est une composante essentielle de l'obligation de diligence à l'égard des droits parce qu'elle porte sur toute une série d'effets négatifs que les entreprises peuvent exercer sur l'exercice des droits de façon indirecte de par leurs relations.

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

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION.....	1 – 4	3
II. LA SPHÈRE D’INFLUENCE, SES CONTOURS ET AU-DELÀ	5 - 25	3
A. Origine et acception actuelle de la notion de sphère d’influence	7 – 9	4
B. Limites de la notion dans les rapports contemporains entre entreprises et droits de l’homme	10 – 18	5
C. Étendue du devoir de diligence.....	19 – 22	7
D. Résumé.....	23 – 25	8
III. LES CONSÉQUENCES DE LA COMPLICITÉ.....	26 – 72	9
A. La notion de complicité	29 – 32	9
B. Ce que dit le droit.....	33 – 53	10
C. La non-complicité attendue par les sociétés	54 – 69	17
D. Résumé.....	70 – 72	22

I. INTRODUCTION

1. Dans sa résolution 2005/69 du 20 avril 2005, la Commission des droits de l'homme a fixé le mandat du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, qu'elle a prié (par. 1, al. c) d'«Étudier et de préciser les incidences, pour les sociétés transnationales et autres entreprises, de notions telles que “complicité” et “sphère d'influence”».
2. Le présent rapport répond à cette dernière demande. Il traite des deux notions du point de vue particulier de l'obligation de respecter les droits de l'homme qui incombe aux entreprises, principe qui fait partie du cadre stratégique que le Représentant spécial a présenté au Conseil des droits de l'homme dans son rapport de 2008¹. Le cadre en question procède de trois principes fondamentaux: l'État a le devoir de garantir les droits de l'homme contre les violations commises par des tiers, y compris les entreprises; les entreprises ont l'obligation de respecter les droits de l'homme; il faut prévoir des recours plus utiles.
3. Respecter les droits, c'est essentiellement ne pas enfreindre les droits d'autrui, en deux mots ne causer aucun préjudice. Mais comment une entreprise sait-elle qu'elle respecte ou qu'elle enfreint les droits de l'homme? Dispose-t-elle des moyens qui lui permettent de prétendre à bon escient qu'elle les respecte? Le plus souvent, non. C'est là que se justifie l'obligation de diligence, c'est-à-dire l'obligation de procéder au travail grâce auquel elle s'assurera non seulement qu'elle respecte la législation nationale mais aussi qu'elle gère convenablement le risque de porter atteinte aux droits de l'homme afin d'en écarter l'éventualité.
4. Les notions de «sphère d'influence» et de «complicité» peuvent avoir leur importance pour la définition de la portée de cette obligation de diligence, c'est-à-dire de l'ensemble de circonstances et d'intervenants que l'entreprise doit prendre en considération dans l'accomplissement de cette obligation. Pourtant, après réflexions, et consultations, le Représentant spécial a conclu que la «sphère d'influence» était une notion trop large et trop ambiguë pour définir avec assez de rigueur le périmètre de la diligence nécessaire et il proposera une nouvelle voie d'approche. Quant à la «complicité», elle reste une notion centrale parce qu'elle recouvre le sous-ensemble des effets négatifs indirects que les entreprises peuvent exercer, de par leurs relations, sur la jouissance des droits. L'exercice de la diligence voulue aide une entreprise à gérer le risque de se retrouver complice d'atteintes aux droits de l'homme.

II. LA SPHÈRE D'INFLUENCE, SES CONTOURS ET AU-DELÀ

5. La «sphère d'influence» est une notion couramment utilisée dans la doctrine de la responsabilité sociale de l'entreprise. Ayant pour mandat de la préciser et de l'étudier, le Représentant spécial a fait procéder à des recherches dans la jurisprudence et a étudié les concepts juridiques connexes. Il a examiné la documentation relative aux entreprises dans leurs rapports avec les droits de l'homme, à la responsabilité sociale des entreprises, à la théorie des parties prenantes et à la philosophie morale. Il a organisé une consultation des parties

¹ A/HRC/8/5.

intéressées² et deux membres de son équipe ont fait paraître dans *Ethical Corporation* un article qui a suscité d'innombrables messages électroniques³. Il est ainsi arrivé à la conclusion que la «sphère d'influence» compte trop de dimensions différentes pour servir à délimiter le champ de l'obligation de diligence, et que l'«influence» elle-même n'était pas une bonne base d'invocation de la responsabilité des entreprises.

6. La section consacrée à cette question se présente en trois parties. La première résume les origines et l'utilisation actuelle de la notion de «sphère d'influence» et conclut qu'elle a été pour les entreprises une façon métaphorique de conceptualiser leurs obligations et leurs potentiels en matière de droits de l'homme en dehors de leur site d'activité proprement dit. La deuxième partie fait observer que la problématique entreprises-droits de l'homme a progressé rapidement depuis l'apparition de la notion de «sphère d'influence» et qu'il faut aujourd'hui donner aux sociétés des indications plus rigoureuses pour qu'elles sachent ce qu'elles doivent précisément faire pour respecter les droits de l'homme. La troisième partie présente en quelques mots une autre façon de définir le champ de l'obligation de diligence.

A. Origine et acception actuelle de la notion de sphère d'influence

7. Le Pacte mondial de l'ONU est le premier texte à avoir introduit la notion de sphère d'influence dans la doctrine de la responsabilité sociale des entreprises. Il s'agissait d'aider les entreprises à promouvoir et respecter le droit international des droits de l'homme dans leur sphère d'influence «sur les lieux de travail et en dehors»⁴.

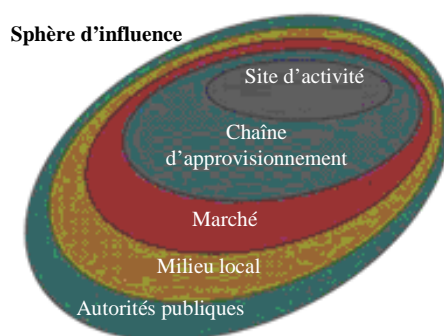
8. Le Pacte offrait un modèle permettant de visualiser la «sphère d'influence», modèle que plusieurs entreprises ont alors adopté. Il se compose d'une série de cercles concentriques représentant les divers intervenants de la chaîne de création de valeur: les salariés sont dans le premier cercle et on passe de cercle en cercle aux fournisseurs, aux marchés, au milieu local et aux autorités publiques. Il est fondé sur l'hypothèse implicite que l'«influence» – et donc la responsabilité éventuelle – d'une entreprise s'amenuise à mesure qu'on s'éloigne du centre⁵.

² The December 2007 consultation focused on the corporate responsibility to respect. For a summary report, see A/HRC/8/5/Add.1.

³ The article is available at: <http://www.ethicalcorp.com/content.asp?ContentID=5504>.

⁴ “The concept of sphere of influence seeks to establish the scope of corporate responsibility for human rights issues based on the extent of a particular business’ influence.” Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations Global Compact, E-Learning, Module 2, <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=2&cur=1>.

⁵ Concerns about this model are reflected in the Special Representative’s most recent report to the Human Rights Council, A/HRC/8/5, paras. 65-72.



9. Ce modèle a été utile aux entreprises qui s'interrogeaient sur le rôle qu'elles jouaient dans la société où se situaient leurs activités et sur ce qu'elles avaient à faire pour respecter et promouvoir les droits de l'homme. Ainsi, l'enquête sur les 500 premières entreprises du magazine *Fortune* à laquelle a procédé le Représentant spécial a montré que ces sociétés rangeaient leurs obligations à l'égard des parties intéressées à peu près dans l'ordre de priorité indiqué, par le modèle, à la seule exception significative des entreprises du secteur minier, qui placent le milieu local avant la chaîne d'approvisionnement⁶.

B. Limites de la notion dans les rapports contemporains entre entreprises et droits de l'homme

10. Comme les entreprises cherchaient à savoir plus précisément les mesures qu'appelaient leurs responsabilités sociales et à connaître l'identité de ceux à l'égard desquels elles avaient telle ou telle obligation, il est devenu de plus en plus clair que la notion de sphère d'influence était à la fois précise et ambiguë. La nécessité de l'élucider est devenue d'un coup beaucoup plus pressante lorsque le Projet de normes de l'ONU sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises a voulu l'utiliser pour délimiter les obligations juridiques des entreprises, en faisant une sorte d'équivalent fonctionnel de ce qu'est la juridiction pour un État⁷.

11. Cette imprécision et cette ambiguïté ont plusieurs causes, la principale étant que le modèle des cercles concentriques ne fait pas de différence entre d'une part les parties dont les droits pourraient être compromis par les pratiques d'une entreprise – le milieu local par exemple – et de l'autre les acteurs sur le comportement desquels l'entreprise peut avoir une certaine influence – fournisseurs, communautés, autorités publiques.

12. On voit se confondre deux acceptions très différentes de l'«influence». La première est celle d'«impact», illustrant le cas où, par ses activités ou ses relations, une entreprise porte préjudice à la jouissance des droits de l'homme. La deuxième est celle d'«autorité», c'est-à-dire le pouvoir que l'entreprise peut exercer sur les acteurs causant un préjudice ou pouvant empêcher qu'il ne soit causé. L'impact relève de toute évidence de l'obligation de respecter; l'autorité ne le fait que dans certaines circonstances.

⁶ A/HRC/4/35/Add.3.

⁷ E/CN.4/Sub.2/2003/12.

13. Fonder la responsabilité de l'entreprise sur l'influence prise au sens d'autorité qu'elle peut avoir soulève des problèmes parce que cela oblige à postuler en termes de philosophie morale que «Pouvoir c'est devoir»⁸. Or, une entreprise ne peut être tenue responsable de l'effet sur les droits de l'homme du comportement de toutes les entités sur lesquelles elle peut avoir une certaine autorité parce qu'il y a des cas dans lesquels elle n'est ni l'agent causal ni l'agent adjurant du préjudice. Elle ne devrait pas être tenue d'intervenir partout où elle a de l'influence, en particulier au niveau des autorités publiques. Lui demander de promouvoir volontairement les droits de l'homme là où elle dispose d'une certaine autorité est une chose, l'en rendre responsable sur ce seul fondement en est une autre bien différente.

14. Si l'on fait de l'influence la source de la responsabilité, on s'expose aux manipulations. En effet, l'influence ne peut se définir que par rapport à quelqu'un ou quelque chose. Elle est donc elle-même soumise à des influences. Un gouvernement peut éviter délibérément d'assumer ses devoirs dans l'espoir qu'une entreprise cédera aux pressions sociales en faveur de la promotion ou de l'exercice de certains droits, ce qui montre bien pourquoi les devoirs de l'État et les responsabilités de l'entreprise doivent être définis séparément.

15. Quand la notion de sphère d'influence a été concrétisée davantage, cela s'est fait par l'intermédiaire de l'idée de «proximité»: «On tend à désigner par cette expression [sphère d'influence] les individus avec lesquels l'entreprise a une certaine proximité politique, contractuelle, économique ou géographique. Toute entreprise, quelle que soit sa taille, a une sphère d'influence. En général, plus l'entreprise est importante et plus sa sphère d'influence est grande.»⁹. Mais le sens même de cette «proximité» reste flou. Qu'est-ce par exemple que la «proximité politique»? Le sens qui vient le plus spontanément à l'esprit, celui de «proximité géographique», peut être trompeur. Il va sans dire qu'une entreprise doit s'intéresser aux effets qu'elle exerce sur ses salariés et sur les collectivités environnantes, mais son activité peut affecter aussi les droits de populations éloignées de son site, c'est le cas par exemple des violations de l'intimité de la vie privée commises par les fournisseurs de service Internet auxquelles sont exposés des utilisateurs finals dispersés. Ce n'est donc pas la proximité qui permet de dire si telle atteinte aux droits de l'homme relève ou non de l'obligation de respect, mais bien le réseau d'activités et de relations de l'entreprise elle-même.

16. La partie de son mandat qui lui demande de «préciser» la notion de sphère d'influence a amené le Représentant spécial à envisager de redéfinir l'«influence» d'une entreprise en termes de «maîtrise» ou de «causalité». À leur tour pourtant ces notions sont peut-être trop restrictives dans le cas des sociétés qui cherchent non seulement à respecter les droits mais aussi à en «soutenir» volontairement l'exercice, par exemple au titre du Pacte mondial.

⁸ «The sphere of influence concept implies that the more control, authority or influence a business has over a situation giving rise to human rights abuses (or the means to improve respect for human rights), the greater the business responsibility to act.» OHCHR, UN Global Compact E-Learning, Module 2, <http://www.unssc.org/web/hrb/details.asp?mod=2&sec=1&cur=1>.

⁹ «Report of United Nations High Commissioner for Human Rights on the Responsibilities of Transnational Corporations and Related Business Enterprises» (E/CN.4/2005/91).

17. De plus, les conditions de «maîtrise» et de «causalité» limitent indument l'obligation fondamentale de respecter les droits qui incombent aux entreprises. Cette obligation signifie qu'elles doivent agir avec la diligence voulue pour déceler, prévenir et éventuellement faire disparaître les effets négatifs de leurs activités sur la jouissance des droits de l'homme. Si l'on définissait les limites de cette diligence par la maîtrise et la causalité, cela signifierait par exemple que les entreprises ne sont pas tenues de se soucier des conséquences pour l'exercice des droits de l'homme des activités de leurs fournisseurs qu'elles ne maîtrisent pas légalement, ni de leurs propres actes qui, s'ils ne créent pas directement de préjudice, peuvent indirectement concourir à une violation.

18. Ce sont ces considérations qui ont conduit le Représentant spécial à conclure que si la métaphore de la sphère d'influence reste utile pour les entreprises qui doivent envisager d'un point de vue général les responsabilités qui leur incombent et les possibilités qui s'offrent à elles dans le domaine des droits de l'homme à l'extérieur de leur site d'activité, elle est moins utile quand il s'agit de fixer les paramètres précis de l'obligation de ces entreprises en matière de droits de l'homme.

C. Étendue du devoir de diligence

19. Les entreprises sont tenues de faire preuve d'une certaine diligence en matière de droits de l'homme, mais on peut se demander jusqu'à quel point. Il s'agit nécessairement d'un processus inductif à base empirique, mais les principes qui l'inspirent doivent être fixés en quelques mots. Une entreprise doit prendre en considération trois variables. La première est le contexte national dans lequel s'exercent ses activités commerciales ou industrielles, qui doit faire apparaître les problèmes de droits de l'homme qui s'y posent éventuellement. La deuxième est les conséquences que ses propres activités peuvent avoir dans ce contexte national sur la jouissance des droits de l'homme, par exemple en sa qualité de producteur, de prestataire de services, d'employeur et de voisin. La troisième est l'éventualité qu'elle concoure à des violations de par ses relations avec ses partenaires commerciaux, ses fournisseurs, des administrations publiques et d'autres acteurs non étatiques. La profondeur et l'étendue de sa diligence sont fonction des circonstances.

Comprendre le contexte

20. Une entreprise doit être consciente des difficultés que rencontre la jouissance des droits de l'homme dans les lieux où elle fait affaires pour avoir une idée des problèmes particuliers qu'elle aura à résoudre sur ce plan. L'information est directement accessible, soit auprès des salariés, soit dans les rapports des ONG, des autorités publiques et des institutions internationales¹⁰. Son analyse doit porter également sur la législation nationale et les obligations internationales du pays dont il s'agit, dans la mesure où elles touchent les droits de l'homme, et sur les écarts éventuels entre les pratiques nationales et le droit interne.

¹⁰ For guidance on how to assess the local context, see *Guide to Human Rights Impact Assessment and Management*, Road-testing Draft, a joint publication of the International Finance Corporation, the Global Compact, and the International Business Leaders Forum, June 2007, p. 31, available at: http://www.unglobalcompact.org/docs/news_events/8.1/HRIA_final.pdf.

Évaluer ses propres activités

21. L'entreprise doit analyser les effets potentiels ou réels qu'exercent ses propres activités sur des groupes comme ceux que forment ses salariés, les collectivités et les consommateurs. Elle doit trouver quelles politiques et quelles pratiques sont susceptibles de porter atteinte aux droits de l'homme, et les modifier de façon à éviter tout préjudice. La liste d'activités pouvant avoir des conséquences directes pour ces droits comprend par exemple les procédés de production eux-mêmes, les produits ou les services fournis, la politique du personnel et de l'emploi, les services de sécurité protégeant les biens et les personnes, les pressions sur les pouvoirs publics et autres activités politiques, etc.

Analyser ses relations d'affaires

22. L'entreprise doit veiller à ne pas être impliquée dans les atteintes aux droits de l'homme commises par un tiers du fait des relations qu'elle entretient avec ce tiers. Cette éventualité peut avoir pour origine ses propres activités commerciales et industrielles, y compris la fourniture ou l'acquisition de biens et de services, et même d'autres activités non commerciales, par exemple le prêt de matériel ou de véhicules. Par conséquent, elle doit connaître les antécédents de ses relations d'affaires pour savoir si elle ne risque pas de concourir ou d'être associée au préjudice causé par les entités avec lesquelles elle traite ou a des activités, ou envisage de le faire. L'analyse de ses relations doit s'étendre aux cas où elle pourrait être considérée complice d'infractions commises par autrui. On y reviendra à la partie III ci-dessous.

D. Résumé

23. L'obligation de diligence consiste pour une entreprise à prendre les mesures raisonnablement nécessaires pour déceler, prévenir et faire disparaître les effets négatifs que peuvent avoir ses activités et ses relations d'affaires. Ces mesures varient selon les circonstances, c'est-à-dire le contexte national, la nature de l'activité et de la branche industrielle, l'importance de l'investissement ou des transferts de monnaie.

24. Ce qu'une entreprise doit faire pour contrôler en continu et atténuer les effets négatifs de son activité varie de la même façon selon les mêmes circonstances. Par exemple, les mesures qu'elle prendra pour vérifier les effets de ses propres activités sur la jouissance des droits de l'homme et les faire éventuellement disparaître peuvent être différentes de celles qu'elle prendra à l'égard de ses partenaires commerciaux et industriels ou de ses relations avec d'autres acteurs sociaux. Enfin, les mesures qu'appellent les conséquences de l'activité d'une filiale diffèrent de celles qui justifient les effets réels ou potentiels sur les droits de l'homme de l'activité de fournisseurs éloignés de plusieurs degrés.

25. En bref, l'étendue de l'obligation de diligence associée au devoir de respecter les droits de l'homme n'a pas de limite fixe et n'est pas non plus fonction de l'influence de l'entreprise. Elle dépend plutôt des conséquences potentielles et réelles dans le domaine des droits de l'homme des activités de celle-ci et des partenaires qui y interviennent.

III. LES CONSÉQUENCES DE LA COMPLICITÉ

26. L'obligation pour les sociétés de respecter les droits de l'homme couvre l'obligation d'éviter toute complicité. Ces trois dernières années, le Représentant spécial a réuni un séminaire multidisciplinaire consacré précisément à la complicité (2006) et a débattu de la notion au cours de nombreuses consultations des parties intéressées, y compris la plus récente d'entre elles (décembre 2007) qui portait sur la nature de l'obligation de respect qui incombe aux entreprises¹¹. Il a également nourri ses réflexions des travaux de deux organisations non gouvernementales ayant une vaste expérience de la question¹².

27. La complicité des entreprises dans les atteintes aux droits de l'homme est une notion qui a retenu l'attention des gouvernements, des entreprises, des juristes, des philosophes, des avocats et des victimes de ces atteintes, qui peuvent tous avoir une idée différente de ce que le terme signifie en pratique. Certains observateurs s'en tiennent aux antécédents juridiques de la «complicité» et voient dans l'évolution du droit international pénal une référence susceptible d'en orienter la définition en ce qui concerne les entreprises dans leurs rapports avec les droits de l'homme. D'autres insistent pour condamner la participation indirecte des entreprises aux atteintes aux droits de l'homme en se fondant sur les attentes des sociétés et indépendamment de toute responsabilité effective en droit.

28. La section qui suit présente les éléments constitutifs de la complicité les plus pertinents, d'un point de vue à la fois juridique et non juridique. Le droit international pénal étant un bon point de départ, on s'attardera quelque peu sur les définitions normatives internationales de la complicité. On parlera aussi des grands domaines extrajuridiques dans lesquels leur participation indirecte à des atteintes aux droits de l'homme a eu pour les entreprises des conséquences importantes.

A. La notion de complicité

29. La notion de complicité est tout à fait pertinente dans le domaine des entreprises dans leurs rapports avec les droits de l'homme. Aux États-Unis, sur la grosse quarantaine d'actions engagées à ce jour contre des entreprises sur la base de la loi ATCA (*Alien Tort Claims Act*) et qui constituent dorénavant la jurisprudence interne la plus abondante en matière de responsabilité des entreprises pour crimes internationaux, le plus grand nombre portent sur des allégations de complicité dans des affaires où les auteurs effectifs sont des forces de sécurité publiques ou privées, des agents de l'État, des factions armées participant à un conflit civil ou d'autres acteurs du même genre¹³. De plus, l'étude à laquelle a récemment procédé le Haut-Commissariat aux droits de l'homme à l'intention du Représentant spécial qui fait le relevé

¹¹ See A/HRC/8/5/Add.1.

¹² See the Fafo Institute's project on Business and International Crimes, information available at: <http://www.fafno.no/liabilities/index.htm>. See also the International Commission of Jurists Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, information available at: <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>.

¹³ ATCA is discussed further in section B below.

des allégations lancées contre des entreprises, montre que 41 % des 320 affaires de l'échantillon (toutes régions et tous secteurs confondus) font état d'implication indirecte d'une entreprise dans diverses infractions aux droits de l'homme¹⁴.

30. Dans le domaine qui nous occupe, la complicité est l'implication indirecte d'une entreprise dans une atteinte aux droits de l'homme. Essentiellement, il y a complicité quand une entreprise concourt sciemment à la violation par autrui des droits de l'homme. L'implication est indirecte parce que ce n'est pas l'entreprise qui commet elle-même la violation. En principe, il peut y avoir complicité s'il y a participation délibérée à une infraction, sous quelque forme que ce soit, et qu'il s'agisse de droits civils, politiques, économiques, sociaux ou de droits culturels.

31. Les accusations de complicité portent en général sur la participation à des violations commises par des acteurs étatiques ou non étatiques. Dans ses acceptions juridiques, le terme couvre par exemple l'implication indirecte dans des infractions commises aussi bien par le pouvoir officiel que par des acteurs non étatiques, une organisation paramilitaire par exemple¹⁵. Il y a eu aussi des cas d'actionnaires décidant de retirer leurs investissements en réponse à des allégations de participation indirecte de leur entreprise à des violations des droits de l'homme par un fournisseur sur le lieu de travail.

32. Pour comprendre les conséquences de la complicité, il faut voir comment la loi et les acteurs sociaux considèrent la contribution apportée à la commission d'une violation des droits de l'homme et ce qui découle de leur point de vue. La tâche a de quoi rebuter. Pourtant, une entreprise peut se rendre compte des risques de complicité et les prévenir et les éliminer en faisant porter son effort de diligence sur les repères juridiques et sociétaux courants. Il faut dire que la volonté d'éviter la complicité fait partie intégrante de la vigilance et que la diligence permet à l'entreprise de s'assurer qu'elle respecte les droits de l'homme. Si rien ne garantit que l'accomplissement de cette obligation dégagera sa responsabilité légale ou la mettra à l'abri des accusations de l'extérieur, elle la met bien mieux à même de s'apercevoir des risques, de réagir et de faire savoir à ses actionnaires qu'elle prend au sérieux son obligation de ne pas prêter la main à des violations commises par autrui.

B. Ce que dit le droit

33. Comme la jurisprudence concernant les entreprises, par opposition aux personnes privées, est relativement rare et que la complicité se définit diversement selon les contextes juridiques, il est impossible de fixer des critères rigoureux pour définir les actes constitutifs de la complicité, même dans la sphère du droit. Le Représentant spécial constate que les orientations les plus nettes sont données par le droit international pénal et la jurisprudence des affaires de complicité.

¹⁴ See A/HRC/8/5/Add.2.

¹⁵ For examples of cases brought against companies for aiding and abetting alleged State abuse, see: *Doe v. Unocal*, 395 F.3d 932 (9th Cir., 2002) (settled out of court); *Khulumani v. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254 (2d Cir., 2007) (ongoing) and *Xiaoning v. Yahoo! Inc.* (N.D.Cal., case filed on 18 April 2007) (ongoing). For examples of cases against companies for aiding and abetting non-State abuse, see: *Carrizosa v. Chiquita* (S.D. Fla., case filed on 13 June 2007) (ongoing); *Doe v. Chiquita* (D.N.J., case filed on 18 July 2007) (ongoing).

Celles-ci font apparaître plusieurs principes fondamentaux qui peuvent donner aux entreprises des indications utiles¹⁶. Le droit international pénal est également pertinent car il peut influencer sur les normes nationales, pénales ou non pénales.

1. La complicité pénale en droit international

34. La compétence des tribunaux pénaux internationaux spéciaux, par exemple les tribunaux des crimes de guerre créés à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, ne s'intéresse qu'aux personnes physiques et non aux personnes morales que sont les entreprises. L'instance permanente qu'est la Cour pénale internationale fait de même¹⁷. Il faut donc être prudent lorsque l'on veut, par analogie, appliquer aux entreprises des règles qui s'appliquent aux personnes physiques. Cela dit, les dispositions du droit international pénal mises en jeu dans ce genre d'affaire sont importantes du point de vue de la complicité des sociétés, et ce pour deux raisons au moins. La première est qu'elles peuvent inspirer les tribunaux pénaux nationaux, dont certains autorisent l'action pénale contre une entreprise. La deuxième est qu'elles peuvent influencer directement sur les procédures judiciaires non pénales visant les entreprises sur le plan national.

35. Comme on l'a vu plus haut, le droit international pénal interdit la complicité dans le crime international. Pour qu'il y ait complicité, il faut *primo* qu'un acte ou une omission ait une incidence appréciable sur la perpétration du crime, et *secundo* que la participation soit consciente¹⁸.

¹⁶ There are other ways in which involvement with another who commits a crime is prohibited in international criminal law. Examples include joint criminal enterprise and superior responsibility. Joint criminal enterprise criminalizes participation with others for a common plan, design or purpose to commit an international crime. Those who participate in such a group and take actions intentionally to bring about the common plan can be guilty. Superior responsibility criminalizes the failure of either a military or civilian superior to carry out their duty to prevent or punish the crimes committed by a subordinate.

¹⁷ Pursuant to article 123 of the Rome Statute establishing the International Criminal Court, seven years after the entry into force of the Statute, the Secretary-General of the United Nations will convene a Review Conference. Such review will take place in 2009, and some have signalled that the idea of including legal persons in the jurisdiction of the Court might be re-proposed for discussion.

¹⁸ The Statutes for the ICC, ICTY and ICTR as well as other international criminal tribunals provide for individual liability based on aiding and abetting. In the jurisprudence before the ICTY and ICTR, the tribunals have emphasized that such liability will depend on proving a physical element (substantial assistance) and a mental element (knowledge). For example, see *Furundžija* (ICTY Trial Chamber), 10 December 1998, para. 249; *Simić* (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, paras. 85-86; *Blagojevic and Jokic* (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; and *Ntagerura* (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 370.

a) L'incidence appréciable

36. Dans les affaires de complicité qu'ils ont jugées, les tribunaux internationaux spéciaux ont déterminé, que la complicité consiste pour une personne physique à commettre des actes visant expressément à aider, encourager ou soutenir moralement la perpétration d'un crime précis, ces actes devant avoir «un effet important sur la perpétration du crime»¹⁹.

37. Il n'est pas nécessaire que le soutien apporté soit la cause ou la condition indispensable de la commission du crime. En d'autres termes, il n'est pas nécessaire de prouver que le crime n'aurait pas été commis sans ce soutien. En outre, celui-ci peut intervenir avant, pendant ou après l'acte principal et en être séparé géographiquement²⁰.

38. Il est dit dans le Code de la Commission du droit international que le complice doit fournir «directement et de façon substantielle» une aide ou une assistance à la commission du crime. Cette assistance «directe et substantielle» peut consister par exemple à fournir à l'auteur les moyens de son crime. Le soutien doit donc faciliter le crime de façon appréciable, d'une façon ou d'une autre²¹.

L'omission et la présence silencieuse

39. Dans le contexte des entreprises et des droits de l'homme, la question se pose souvent de savoir si la simple présence d'une entreprise dans un pays où les droits de l'homme sont violés peut être une sorte de complicité. Qu'elle engage sa responsabilité pour complicité par sa seule présence est peu vraisemblable. Par analogie avec la jurisprudence pénale internationale, il faudrait pour cela que son silence constitue un concours «substantiel» à ces violations, par exemple parce qu'il les légitimerait ou les encouragerait, et que l'entreprise se soit tue en connaissance de cause.

40. Des personnes physiques ont été condamnées en droit international pénal pour complicité dans des crimes internationaux parce qu'elles se trouvaient sur les lieux du crime ou à proximité et qu'elles étaient restées silencieuses. Mais leur présence n'était dans ces affaires que l'une des considérations ayant amené à conclure que leurs actes ou leurs omissions avaient dans les

¹⁹ For example, see *Simić* (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; *Blagojevic and Jokic* (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Blaskic* (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, paras. 45-46; *Vasiljevic* (ICTY Appeals Chamber), 25 February 2004, para. 102; and *Ntagerura* (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 370.

²⁰ *Blaskic* (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2004, para. 48. Also see *Blagojevic and Jokic* (ICTY Appeals Chamber), 9 May 2007, para. 127; *Simić* (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 85; and *Ntagerura* (ICTR Appeals Chamber), 7 July 2006, para. 372.

²¹ According to the International Law Commission, this standard is consistent with the other relevant international provisions including the Nuremberg Charter and the ICTY and ICTR Statutes. See *Yearbook of the International Law Commission*, 1996, vol. II, Part Two, document A/51/10, p. 21, para. (11) of the commentary to article 1.

circonstances un effet de légitimation ou d'encouragement et qu'elles-mêmes avaient, sous une forme ou sous une autre, un statut d'autorité²².

Le bénéfice tiré des violations

41. Comme dans le cas de la simple présence, le fait qu'elle tire profit de violations des droits de l'homme ne fait vraisemblablement pas d'une entreprise la complice de ces violations. Il n'empêche que la Commission Vérité et Réconciliation de l'Afrique du Sud a retenu l'avantage tiré d'une violation comme considération déterminante pour la mise en cause de la responsabilité d'une entreprise dans une violation²³. Comme on le verra plus loin, le bénéfice d'une violation est aussi une considération déterminante dans la sphère non juridique²⁴.

b) Le fait de savoir

42. Devant les tribunaux internationaux, il a fallu prouver que les accusés étaient au courant des intentions criminelles de l'auteur principal et que leurs propres actes avaient substantiellement concouru aux crimes de celui-ci²⁵. Il n'était pas nécessaire, pour qu'il y ait complicité, que l'accusé partage ces mêmes intentions criminelles ni même qu'il souhaite que le crime soit commis²⁶. Il n'était pas non plus nécessaire d'établir qu'il connaissait la nature exacte

²² See *Kvočka* (ICTY Trial Chamber), 2 November 2001, paragraphs 257-261, summarizing the ICTY cases dealing with presence and accomplice liability.

²³ In 1998, the South African Truth and Reconciliation Commission found that there were three levels of business involvement in apartheid: (i) playing a central role in designing and implementing apartheid; (ii) profiting directly from activities that promoted apartheid; and (iii) benefiting indirectly by operating in apartheid society (Truth and Reconciliation Commission, Final Report 1998, at vol. 4, Chap. 2). The Commission said that the first two levels must result in accountability (paras. 23 and 27). However, it said that benefiting indirectly from apartheid policies was of a "different moral order" (para. 23). It implied that it would be inappropriate to hold such companies accountable for furthering apartheid per se (para. 32), notwithstanding the Commission's support for companies to engage in "realistic moral behaviour grounded in a culture of international human rights law" (para. 148). The Final Report is available at: <http://www.polity.org.za/polity/govdocs/commissions/1998/trc/4chap2.htm>.

²⁴ See section C below.

²⁵ The ICC has yet to interpret the Rome Statute's provision on aiding and abetting, which states that liability will arise if "for the purpose of facilitating" a crime, an individual, "aids, abets or otherwise assists in its commission or its attempted commission, including providing the means for its commission". There is some disagreement whether the words "for the purpose of" place an additional requirement that what has been used in the ad hoc tribunals and what is now considered custom, that is whether there is an extra requirement of proof that the contribution was given for the *purpose* of facilitating a crime.

²⁶ *Simić* (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86; and *Aleksovski* (ICTY Appeals Chamber), 24 March 2000, para. 162.

du crime envisagé ou du crime effectivement commis, il suffisait qu'il sache qu'un crime pouvait l'être parmi tous ceux qui étaient possibles²⁷.

43. La condition liée au fait de savoir peut être satisfaite par des preuves directes et des preuves par présomption ou indirectes. On peut donc s'appuyer sur des faits objectifs pour déduire l'état mental subjectif de l'accusé²⁸, et conclure qu'il agissait sciemment même s'il n'a pas dit explicitement qu'il était au courant, et même s'il a effectivement nié qu'il l'était²⁹.

44. Ce qui permet de conclure qu'une entreprise a agi en connaissance de cause dépend des circonstances. Les affaires de droit international pénal imputant à des personnes physiques la responsabilité du rôle qu'elles avaient joué dans les violations commises par des entreprises pendant la Seconde Guerre mondiale ont eu pour conclusion que les personnes avaient agi sciemment, à en croire les informations sur l'auteur du crime dont le représentant de l'entreprise disposait directement au moment où elle fournissait son assistance. Parmi ces informations, il y avait les comptes rendus de réunions³⁰ et les caractéristiques de certaines opérations commerciales (par exemple des commandes anormalement volumineuses de produits chimiques toxiques)³¹. Dans certaines de ces affaires, le fait qu'il savait a aussi été déduit du statut de l'accusé dans l'entreprise et de son expérience, par exemple de son poste d'autorité ou d'influence³².

2. La responsabilité pénale en droit interne

45. Le droit pénal de nombreux États interdit de fournir aide et assistance à une personne dont on sait qu'elle commet un crime. Même si les termes «aide et assistance» n'y sont pas toujours

²⁷ *Blaskic* (ICTY Appeals Chamber), 29 July 2005, para. 50; and *Simić* (ICTY Appeals Chamber), 28 November 2006, para. 86.

²⁸ See *United States v. Carl Krauch, et al (The Farben Case)*, Trials of War Criminals, vol. VIII, p. 1187; Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal (1947), vol. 1, Judgment, pp. 305-306; *Tadic* (ICTY Trial Chamber), 7 May 1997, paras. 675-676 and 689; *Akayesu* (ICTR Trial Chamber), 2 September 1998, para. 548; and *Aleksovski* (ICTY Trial Chamber), 25 June 1999, para. 65.

²⁹ *Limaj* (ICTY Trial Chamber), 30 November 2005, para. 518; see also *Fofana & Kondewa* (Special Court for Sierra Leone Trial Chamber), 7 August 2007, para. 231.

³⁰ *The Zyklon B case Trial of Bruno Tesch and two others*, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. I, p. 95, available at: <http://www.ess.uwe.ac.uk/WCC/zyklonb.htm>.

³¹ *Ibid.*, p. 101.

³² See *United States v. von Weizsaecker*, Trials of War Criminals, vol. XIV p. 622.

utilisés, les principes du droit interne ressemblent de manière générale à la notion de complicité en droit international pénal³³.

46. Plusieurs juridictions nationales permettent de tenir les personnes morales, y compris les entreprises, pour pénalement responsables d'au moins certains crimes internationaux. Si elles reconnaissent d'autre part la responsabilité pour complicité, il est le plus souvent possible de poursuivre au pénal une entreprise qui a concouru à la perpétration de crimes de cette nature³⁴.

47. Les conditions liées au fait de savoir et à la nature de l'aide fournie varient selon les législations nationales³⁵. Cependant, quand le crime dont il s'agit est une violation du droit international pénal, le juge national peut opter pour les normes qui constituent celui-ci³⁶.

48. D'une manière générale, la responsabilité du complice n'est pas subordonnée à la condamnation de l'auteur principal, ni dans la sphère internationale ni dans la sphère nationale³⁷.

3. La responsabilité civile en droit interne

49. La question de la responsabilité de l'entreprise qui concourt à des violations des droits de l'homme a également été soulevée dans des actions non pénales engagées contre des entreprises devant des tribunaux nationaux.

50. Aux États-Unis, la loi *ATCA* permet à un non-Américain d'intenter une action pour quasi-délit devant un tribunal fédéral en cas de violation du droit international³⁸. Les conditions

³³ Anita Ramasastry and Robert C. Thompson, *Commerce, Crime and Conflict: Legal Remedies for Private Sector Liability for Grave Breaches of International Law* (2006), Executive Summary, p. 17, available at: www.fafu.no/liabilities. [hereinafter Fafo Report]

³⁴ *Ibid.* The survey of 16 countries from a cross section of jurisdictions and regions found that 11 countries had established criminal liability for corporations. These countries were Australia, Belgium, Canada, France, India, Japan, the Netherlands, Norway, South Africa, the United Kingdom and the United States (p. 13). While there were some differences in what international crimes corporations could be prosecuted for depending on whether the State was a party to and had fully incorporated the Rome Statute's three crimes into its domestic law, all of these States had incorporated international crimes in some fashion (p. 15). Further, all of these States had legislation in place establishing aiding and abetting liability (p. 17).

³⁵ *Ibid.*, pp. 17-22. For instance, the concept of "corporate culture" may be a relevant element in deciding whether the company had the requisite knowledge or intent to aid or abet the commission of the crime. For more information see: "Corporate Culture as a Basis for the Criminal Liability of Corporations" prepared for the Special Representative by the law firm Allens Arthur Robinson, available at: <http://www.reports-and-materials.org/Allens-Arthur-Robinson-Corporate-Culture-paper-for-Ruggie-Feb-2008.pdf>.

³⁶ Fafo Report, p. 19.

³⁷ *Ibid.*, p. 18. See also, *Akayesu* (ICTR Trial Chamber), 2 September 1998, para. 531.

³⁸ 28 U.S.C. §1350.

dans lesquelles cette loi peut être invoquée contre une entreprise ne sont pas encore tout à fait définies et aucune affaire de ce genre n'a encore été jugée au fond. Comme on l'a déjà vu, les dossiers récents mettant en cause une entreprise sur le fondement de cette loi consistent en des plaintes pour complicité plutôt que pour participation directe à une infraction internationale.

51. Le seul arrêt rendu par la Cour suprême des États-Unis à propos de la loi ATCA semble ne pas écarter l'hypothèse de la responsabilité des entreprises pour complicité au regard de cette loi³⁹, et les jugements des tribunaux américains semblent admettre l'existence de cette responsabilité⁴⁰. D'ailleurs, certains tribunaux ont accepté de se saisir, en vertu de cette même loi, de plaintes pour complicité d'une entreprise dans des violations des droits de l'homme, et ont alors cité et appliqué les dispositions du droit international pénal visant la complicité⁴¹.

52. Au-delà du champ d'application de la loi ATCA, d'autres législations non pénales, par exemple celles qui s'appliquent aux quasi-délits intentionnels, aux faits de négligence et aux obligations non contractuelles, sont de plus en plus souvent invoquées pour faire valoir que les entreprises devraient avoir à répondre de leur participation indirecte aux atteintes aux droits de l'homme⁴². Le plus souvent, les plaintes ne sont pas fondées sur le droit international et sont rarement considérées comme relevant des droits de l'homme; elles cherchent plutôt une imputation de responsabilité pour non-application des principes fondamentaux du droit non pénal.

53. Par conséquent, l'instruction de ces plaintes n'est pas nécessairement proche de l'analyse du droit international pénal présenté ci-dessus. Même lorsqu'il y a similitude, par exemple quand le juge s'interroge sur les conditions liées au fait de savoir et à l'importance du concours prêté, ces conditions peuvent être différentes dans le détail. Ainsi, prouver le fait de savoir dans le contexte de la négligence peut consister simplement à établir que l'entreprise *aurait dû* savoir qu'elle prenait le risque prévisible de concourir à une violation, ce qui n'est pas la même chose qu'établir qu'elle le savait effectivement. C'est ce qu'on appelle le critère du caractère

³⁹ *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 US 692 (US, 2004).

⁴⁰ For a recent discussion of the ways in which US courts have approached this question, see *Khulumani v. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254 (2d Cir., 2007), part of the so-called "Apartheid litigation". Note that the defendants in the Apartheid litigation recently asked the Supreme Court to review the Second Circuit's decision, arguing, inter alia, that the Second Circuit erred in deciding that aiding and abetting liability exists under ATCA (re: *American Isuzu Motors, Inc., et al. v. Ntsebeza, et al.*). See <http://www.scotusblog.com/wp/petitions-to-watch-conference-of-42508/> for relevant documentation. The Supreme Court will consider the petition on 25 April 2008.

⁴¹ For example, see: *Khulumani v. Barclay National Bank*, 504 F.3d 254, 276 (2d Cir., 2007); *Almog v. Arab Bank, PLC*, 471 F. Supp. 2d 257, 285-286 & n.33 (E.D.N.Y. 2007); and *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy, Inc.*, 453 F. Supp. 2d 633, 668 (S.D.N.Y. 2006).

⁴² For commentary on a selection of cases, see Jennifer A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility* (Cambridge University Press, 2006), Chap. 5.

raisonnable, selon lequel, pour parler simplement, une personne raisonnable aurait compris qu'elle courait le risque de participer à une violation et aurait modifié son comportement de façon à l'éviter⁴³. Il ne s'agit pas de répondre à la question de savoir s'il y avait comportement en connaissance de cause, mais bien de déterminer si l'entreprise a agi selon le principe de la vigilance⁴⁴.

C. La non-complicité attendue par les sociétés

54. Si les normes juridiques, en particulier celles du droit international pénal, sont utiles pour comprendre la figure de la complicité, elles ne sont qu'un aspect de l'affaire. Dans les contextes non juridiques, la complicité est devenue un grand repère pour les autres acteurs sociaux. La mise en garde contre la complicité apparaît parmi les règles et les principes internationaux qui règlent le comportement des entreprises, par exemple le Pacte mondial. Les investisseurs publics et privés et les organismes de défense des droits de l'homme aussi jugent une entreprise en fonction de la participation indirecte qu'elle peut avoir dans les violations des droits de l'homme.

55. Il est important de noter que les entreprises elles-mêmes reconnaissent qu'elles peuvent être complices de ces violations et les codes de conduite qu'elles mettent en place prévoient qu'elles doivent l'éviter⁴⁵. Certaines initiatives collectives lancées pour prévenir les violations dans des situations où les infractions indirectes, plutôt que directes, sont plus probables, par exemple le Processus de Kimberley et les Principes volontaires relatifs à la sécurité et aux droits de l'homme, donnent aussi des orientations implicites sur la manière d'éviter la complicité⁴⁶.

⁴³ Ibid., Zerk provides that "in identifying the substantive obligations of the parent company, the courts will take account of the general state of knowledge about the risks posed by the particular industry, process or technology and how to minimize them. To this end, home state regulatory requirements, codes of conduct, industry 'best practice', safety cases and risk control manuals are likely to be important sources of evidence" (pp. 220-221).

⁴⁴ For instance in *Lubbe v. Cape plc* [2000] 1 Lloyd's Rep 139, which concerned parent company liability for harm caused by a subsidiary, the plaintiff alleged that the parent company's negligence consisted of instructions and advice it gave or failed to give its subsidiaries in following health and safety practices. It was alleged that "the instructions and advice ... showed a careless disregard for the foreseeable risk of injury to those who were closely affected by the asbestos operations in South Africa, taking account of the knowledge which they [defendant company's directors and senior employees] had or ought to have had of the health risks involved" (p. 146). (The case settled so this argument was not decided on its merits.)

⁴⁵ See for example the International Code of Ethics for Canadian Business which includes amongst its "Principles" that signatories agree to "not be complicit in human rights abuses". The Code is available at: <http://www.lib.uwo.ca/business/intlethi.html>.

⁴⁶ The Kimberley Process was established to help stem the flow of conflict diamonds (see <http://www.kimberleyprocess.com/>) while the Voluntary Principles on Security and Human Rights promote corporate human rights risk assessments and training of security providers in the extractive sector (see <http://www.voluntaryprinciples.org/>).

56. Parfois, les normes relatives à la complicité dans un contexte non juridique sont très proches de celles que prévoient le droit international et le droit national. Parfois encore elles n'exigent pas le même niveau de connaissance et d'assistance que le droit lui-même, par exemple quand elles sanctionnent la simple présence dans un pays où il y a des violations ou les revenus versés par un auteur de violations notoires. Les plaintes peuvent avoir des issues différentes, allant de la désapprobation par les actionnaires au retrait des investissements, en passant par les atteintes à l'image de marque.

1. Normes et principes internationaux et autres sources

a) Le Pacte mondial de l'ONU

57. En 1999, le Secrétaire général, Kofi Annan, présentait le Pacte mondial aux chefs d'entreprise dans les termes suivants:

*Par la manière dont vous menez vos affaires, vous pouvez favoriser directement le respect des droits de l'homme ainsi que l'instauration de conditions de travail acceptables et de normes écologiques minimales. Vous pouvez faire de ces valeurs universelles le ciment de vos entreprises mondiales, car chacun dans le monde les reconnaîtra comme siennes. **Vous pouvez, dans vos entreprises, faire en sorte que les droits de l'homme soient respectés et veiller à ne pas vous faire les complices de violations de ces droits***⁴⁷. (Caractères gras ajoutés)

58. Le principe 2 du Pacte mondial mentionne expressément la complicité: «Les entreprises sont invitées [...] à veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'homme.». Le commentaire qui développe ce principe dit que la complicité d'une entreprise dans une violation des droits de l'homme peut prendre trois grandes formes: directe, bénéfique et silencieuse⁴⁸:

«Il y a **complicité directe** quand une compagnie aide sciemment un État à violer les droits de l'homme. Le cas se produit par exemple quand une entreprise concourt au déplacement forcé de populations dans des circonstances qui sont liées à ses activités commerciales ou industrielles.

Il y a **complicité avec profit** quand une entreprise tire directement avantage des violations des droits de l'homme commises par autrui. On cite souvent à ce propos les violations commises par les forces de sécurité, par exemple la répression de manifestations pacifiques contre des activités commerciales ou industrielles, ou le recours à des mesures répressives pour garder les établissements d'une entreprise.

Il y a **complicité silencieuse** selon les défenseurs des droits de l'homme quand une entreprise s'abstient de soulever la question des violations systématiques ou

⁴⁷ Press Release, SG/SM/6881, 1 February 1999, available at:
<http://www.un.org/News/Press/docs/1999/19990201.sgsm6881.html>.

⁴⁸ See commentary on Principle 2 from the Global Compact, available at:
<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/Principle2.html>.

persistantes des droits de l'homme dans ses relations avec les autorités. Par exemple, la passivité ou l'acceptation par une entreprise de la discrimination ethnique ou sexiste systématique que fait le droit du travail pourrait justifier une accusation de complicité silencieuse.».

59. À propos du principe 2, le Pacte mondial indique plusieurs choses que les entreprises pourraient faire pour éviter d'être impliquées dans des violations des droits de l'homme: études d'impact sur les droits de l'homme permettant de définir le risque d'être impliquées dans des violations; politiques explicites visant à protéger les salariés, ceux qui sont directement employés par elles ou ceux de leurs fournisseurs; politiques visant expressément à s'assurer que les dispositions prises en matière de sécurité, même lorsqu'elles sont appliquées par l'État ou par un tiers, ne concourent pas à des violations des droits de l'homme⁴⁹.

60. Le Pacte mondial dit aussi que les entreprises devraient mettre en place des protections explicites pour que le soutien financier ou matériel éventuellement fourni aux forces de sécurité ne serve pas à violer les droits de l'homme, et qu'elles doivent «bien faire comprendre dans tout accord qu'elles concluraient avec les forces de sécurité qu'elles n'approuvent aucune infraction au droit international des droits de l'homme⁵⁰». De manière plus générale, les entreprises devraient condamner privé et publiquement les violations systématiques et persistantes des droits de l'homme⁵¹.

b) Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

61. Selon les Principes directeurs de l'OCDE, amendés en 2000, les entreprises doivent respecter les droits de l'homme des personnes affectées par leurs activités, en conformité avec les obligations et les engagements internationaux du gouvernement du pays d'accueil⁵². Les États membres et les autres pays qui y souscrivent sont tenus de se doter d'un «point de contact national» accueillant les plaintes contre les entreprises, dites «affaires particulières». Ces affaires sont souvent des allégations de participation directe à des violations des droits de l'homme.

62. Une de ces plaintes mettait en cause une entreprise qui fournissait des services à un établissement pénitentiaire public où les auteurs disaient que des violations des droits de l'homme étaient commises. Examinant l'affaire, le «point de contact national» a fait observer que les entreprises pouvaient se rendre complices par action ou par omission de violations des droits de l'homme commises par les États ou tirer profit de ces violations⁵³. Le «point de

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid.

⁵² See Organization for Economic Co-operation and Development, DAF/IME/WPG(2000)15/FINAL, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>.

⁵³ Statement by the Norwegian National Contact Point, 29 November 2005, Enquiry from the Forum for Environment and Development (ForUM) on Aker Kværner's activities at Guantanamo Bay, p. 69, available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/23/33/37439881.pdf>.

contact» a déclaré dans son rapport que la nature et l'étendue des activités de l'entreprise en question dans l'établissement pénitentiaire restaient floues, mais qu'il «avait établi» qu'elle n'avait pas fait des Principes directeurs l'une des bases de ses évaluations déontologiques. Il soulignait qu'il fallait qu'elle évalue en continu les problèmes touchant aux droits de l'homme soulevés par ses opérations⁵⁴.

2. Les investisseurs

63. Ces dernières années, des fonds d'investissement publics et privés ont officiellement fait savoir qu'ils suspendraient, cesseraient ou reconsidéreraient leurs relations avec les entreprises impliquées, même indirectement, dans des violations des droits de l'homme. Cette déclaration d'intention a pris la forme de politiques d'investissement rendues publiques, de désinvestissements et d'exclusions de fonds d'investissement.

64. Les politiques d'investissement peuvent aider un investisseur à déterminer dans quels cas il doit exclure une entreprise de ses placements pour des raisons non financières, touchant notamment aux droits de l'homme et, plus précisément, à évaluer le risque que le fonds dans lequel il investit soit réputé complice de violations parce qu'il finance une telle entreprise. Les Directives qui inspirent le Conseil d'éthique norvégien dans la gestion de la caisse de retraite des fonctionnaires du pays en offrent un exemple⁵⁵. Cet organisme fait des recommandations à la demande du Ministère des finances sur les investissements qui pourraient être contraires aux Directives ou violer les obligations que le droit international impose à la Norvège.

65. La partie de ces directives qui nous intéresse précise que les intentions éthiques de la caisse doivent être promues sur trois plans. En premier lieu, si la caisse peut faire valoir ses avoirs de manière à assurer un rendement financier à long terme, elle doit le faire selon les indications du Pacte mondial des Nations Unies et des Principes directeurs de l'OCDE. En deuxième lieu, elle doit procéder par filtrage à l'élimination de son portefeuille des entreprises qui produisent des armes dont l'emploi normal risque de violer les principes humanitaires fondamentaux, qu'elles le fassent directement ou par l'intermédiaire d'entités dont elles ont la maîtrise. En troisième lieu, la caisse doit éviter d'investir dans les entreprises qui présentent un risque inacceptable d'aider à des violations graves ou systématiques des droits de l'homme (meurtre, torture, privation de liberté, travail forcé, formes aggravées de travail des enfants, exploitation des enfants), à des violations graves des droits des individus en situation de guerre ou de conflit, à des dégâts environnementaux importants, à des affaires de corruption scandaleuse et à d'autres infractions particulièrement graves des normes éthiques fondamentales⁵⁶.

⁵⁴ Ibid., p. 70.

⁵⁵ The Ethical Guidelines are available at: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/andre/Ethical-Guidelines-for-the-Government-Pension-Fund-Global-/The-Ethical-Guidelines.html?id=434894>.

⁵⁶ Ibid.

66. L'intention est donc ici non seulement de ne pas investir dans les entreprises qui peuvent être complices de violations, mais aussi d'éviter que la caisse puisse être considérée comme ayant contribué à des violations de par ses relations avec de telles entreprises⁵⁷.

67. Depuis quelques années, on voit se multiplier les campagnes de désinvestissement qui visent les intérêts que les investisseurs peuvent avoir dans une entreprise considérée comme commettant directement ou indirectement une violation⁵⁸. Les investisseurs prennent alors leur décision sans doute au regard de leur propre politique d'investissement et de l'opinion des personnes qu'ils représentent. Par exemple, la caisse de retraite des fonctionnaires de la Norvège s'appuie sur les Directives dont on a parlé pour retirer publiquement ses placements des entreprises dont on dit qu'elles pourraient être complices de violations des droits de l'homme⁵⁹.

3. Les militants des droits de l'homme

68. Depuis une dizaine d'années, les grandes associations internationales de défense des droits de l'homme attirent l'attention sur la question de la participation indirecte des entreprises aux violations des droits de l'homme, employant souvent le terme de complicité pour qualifier leur comportement. En 1998, Amnesty International a fait paraître ses Principes relatifs aux droits humains à l'intention des entreprises, où il est dit notamment que les entreprises doivent mettre en place des procédures garantissant que toutes leurs activités sont examinées sous l'angle de leurs effets potentiels sur la jouissance des droits de l'être humain, et prendre des précautions pour empêcher que les membres de leur personnel se rendent complices d'atteintes aux droits fondamentaux⁶⁰. Human Rights Watch aussi a fait paraître des rapports sur le comportement de

⁵⁷ For another example of an investment policy dealing with human rights issues, see the Corporate Governance Policy of the Second Swedish National Pension Fund, chapter 10, available at: <http://www.ap2.se/template/Page.aspx?id=468>. The Special Representative has also learned that in May 2008, ABP, the pension fund for employers and employees in the Dutch Government and educational sector, will publish a responsible investment policy, with the United Nations Global Compact amongst its guiding principles. The policy provides that ABP expects companies in which it invests to follow the Global Compact's principles, thus effectively requiring that companies must not be complicit in human rights abuses, with divestment a possible consequences of persistent failure to improve practices in this regard.

⁵⁸ For background information on recent divestment campaigns, see <http://www.business-humanrights.org/Categories/Issues/Investmenttrade/globalisation/Divestment>.

⁵⁹ In 2006, following consideration of allegations that Wal-Mart was "implicit in violations of human rights and labour rights in its business operations", the Norwegian Ministry of Finance announced the Government Pension Fund's divestment from the company based on recommendations from the Council of Ethics, which were made pursuant to the Ethical Guidelines. The Ministry said the Fund would "incur an unacceptable risk of contributing to serious or systematic violations of human rights by maintaining its investments in the company". The 6 June 2006 press release is available at: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Press-Center/Press-releases/2006/Two-companies-Wal-Mart-and-Freeport-.html?id=104396>.

⁶⁰ See "Human Rights Principles for Companies" page 7, Amnesty International, document number ACT 70/001/1998, available at: <http://www.amnesty.org/en/library/info/ACT70/001/1998>.

certaines entreprises, qualifié de complicité⁶¹. D'autres associations militantes lancent de plus en plus fréquemment des allégations contre des entreprises indirectement impliquées dans des violations des droits de l'homme, en faisant souvent appel à l'opinion publique.

69. Comme on l'a dit plus haut, le rapport du Haut-Commissariat aux droits de l'homme sur la nature des accusations lancées contre des entreprises établi à l'intention du Représentant spécial indique que 40 % environ des 320 dossiers examinés attestent de formes indirectes d'implication de l'entreprise dans des violations⁶². Il illustre toute la gamme d'implications indirectes dont on peut accuser une entreprise, qui vont de la fourniture des moyens de commettre des violations à l'octroi de prêts aux auteurs supposés de violations des droits de l'homme, en passant par la présence silencieuse dans une région où des violations sont notoirement commises.

D. Résumé

70. Les éléments constitutifs de la complicité sur le plan juridique et non juridique ne sont ni uniformes ni statiques. Malgré ce flou, ce que l'on sait aujourd'hui permet quelques conclusions. D'abord, une entreprise qui concourt substantiellement et sciemment à des violations des droits de l'homme peut avoir à en répondre sur les plans judiciaire et extrajudiciaire. Ensuite, le fait que l'entreprise semble tirer avantage de ces violations peut éveiller l'attention d'acteurs sociaux, même si cela n'engage pas sa responsabilité légale. En d'autres termes, le fait qu'elle opère dans des situations où des violations ont lieu et qu'elle paraît y trouver un avantage doit être pour une entreprise une mise en garde et l'inciter à accomplir son obligation de diligence en fonction de cette situation particulière.

71. Éviter la complicité est une part essentielle de l'obligation de respecter les droits de l'homme et appelle à exercer la diligence nécessaire pour éviter de concourir sciemment à des violations des droits de l'homme, qu'il y ait ou non risque d'engager sa propre responsabilité pénale. L'obligation de diligence est faite pour aider les entreprises à cerner les risques qu'elles sont censées analyser et éviter, et s'assurer ainsi qu'elles ne participent pas sciemment à des violations et n'en tirent pas sciemment profit.

72. On peut dire en résumé que les moyens que les entreprises ont à leur disposition pour évaluer les conséquences de leurs activités pour l'exercice des droits de l'homme afin d'honorer leur obligation de respecter ces droits – politique des droits fondamentaux, étude d'impact, politique d'intégration, technique de suivi des résultats, etc. – doivent s'appliquer non seulement à leurs propres activités mais aussi aux partenaires de celles-ci, de manière à leur garantir qu'elles ne sont pas complices des violations commises par des tiers ni impliquées dans ces violations.

⁶¹ See for example "The Enron Corporation: Company Complicity in Human Rights Violations" (2002), available at: <http://www.hrw.org/reports/1999/enron/>; and "Race to the Bottom, Corporate Complicity in Chinese Internet Censorship" (2006), available at: <http://www.hrw.org/reports/2006/china0806/>.

⁶² See A/HRC/8/5/Add.2. For the purposes of the study, "direct" involvement was considered to occur when the company caused the abuse through its own acts or omissions. "Indirect" involvement was considered to occur where firms were alleged to contribute to or benefit from the abuse of third parties, such as suppliers, individuals, arms of a State and other businesses.