

**Séminaire « Business & Human Rights »
Faculté de droit, Université de Genève
17 novembre 2016**

Résumé

**Mara Tignino¹
Antonella Angelini²**

La Commission des droits de l'homme de l'Ordre des avocats de Genève, en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université de Genève et l'*International Bar Association*, a organisé un séminaire sur le thème « Business and Human Rights » le 17 novembre 2016 à l'Université de Genève. Cet événement répond à la prise de conscience par différents acteurs du lien entre entreprises et droits de l'homme, thème qui a une importance croissante dans la pratique des professionnels du droit.

Destiné aux avocats, aux juristes d'entreprises et aux représentants de la société civile, ce séminaire a visé à présenter les *Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* et leurs implications pour les acteurs de l'économie et les conseillers juridiques des entreprises. Par le biais de trois ateliers, ce séminaire a examiné les devoirs et obligations des avocats, des entreprises et des banques en terme de protection des droits de l'homme.

Lors de la session plénière, une présentation du contexte international relatif à la relation entre les entreprises internationales et les droits de l'homme a été faite. Le *Pacte mondial* des Nations Unies, lancé par le Secrétaire général des Nations Unies en 1999, a été mentionné comme un instrument clé dans le façonnement des pratiques des entreprises pour un meilleur respect des droits de l'homme. Les *Principes directeurs*, adoptés par le Conseil des droits de l'homme en 2011, représentent une pierre angulaire des relations entre les États et les entreprises. Cet instrument joue un rôle majeur non seulement pour les États et le secteur privé, mais aussi pour les banques, les avocats et les conseillers d'entreprises. La mise en œuvre de ces *Principes* a été au cœur des discussions entre les praticiens et les académiciens qui ont participé au séminaire.

Le discours d'ouverture a été l'occasion de souligner l'importance du thème de la « Responsabilité sociale et environnementale » pour la Faculté de droit et de rappeler les recherches menées au sein de l'Université de Genève. Les interventions de la session plénière ont mis en relief l'influence des codes de conduite sur les contrats et les transactions entre les entreprises et leurs clients et fournisseurs. Ces codes portent sur des domaines variés des droits de l'homme, et visent la protection de la santé, la sécurité ou la protection de l'environnement. Ils ont par ailleurs un impact dans les relations des entreprises avec la clientèle, le personnel, les actionnaires ou les communautés locales. Ces

¹ *Senior Lecturer* et Coordinatrice de la Plateforme pour le droit international de l'eau douce/Pôle eau Genève, Faculté de droit, Université de Genève. Membre du Comité de coordination du Groupe d'intérêt sur « Les entreprises internationales et les droits de l'homme », Société européenne de droit international.

²

codes ont une influence croissante sur la pratique des avocats et des conseillers d'entreprise.

Un représentant de l'Initiative suisse pour « des multinationales responsables : protégeons les droits de l'homme et l'environnement » a rappelé le devoir incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme. La Suisse est l'État avec le plus grand nombre de multinationales per capita. L'Initiative sur des multinationales responsables a pour but d'établir des règles contraignantes pour que les entreprises domiciliées en Suisse respectent les règles en matière de droits de l'homme dans leurs activités, y compris à l'étranger. Suite au dépôt de 120.000 signatures en octobre 2016, l'initiative peut désormais être soumise à l'examen du parlement et pourrait faire l'objet d'une votation populaire dans les prochaines années.

Puis, les trois piliers des *Principes directeurs* ont été présentés. Référence a ainsi été faite à 1) l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris les entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme ; 2) la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme ; et 3) l'accès à des voies de recours efficaces lorsqu'une entreprise porte atteinte aux droits de l'homme.

Un représentant du Groupe de travail chargé de l'élaboration d'un traité sur les entreprises et les droits de l'homme a fait état des implications pratiques que supposent les *Principes directeurs*. Ce Groupe intergouvernemental, composé de cinq experts indépendants, a été créé par une résolution du Conseil des droits de l'homme en 2014 et a tenu ses deux premières sessions en juillet 2015 et en octobre 2016 à Genève.

Au cours de la session plénière, les intervenants du séminaire ont mis l'accent sur certains devoirs affirmés dans les *Principes directeurs*, tels le Principe 4, prescrivant que les « États doivent prendre des mesures plus rigoureuses pour exercer une protection contre les violations des droits de l'homme commises par des entreprises qui leur appartiennent ou sont contrôlées par eux ou qui reçoivent un soutien et des services d'organismes publics tels que des organismes de crédit à l'exportation et des organismes officiels d'assurance ou de garantie des investissements y compris, le cas échéant, en prescrivant l'exercice d'une diligence raisonnable en matière des droits de l'homme ». Le Principe 5 qui énonce l'obligation pour les États d'exercer un contrôle adéquat sur les entreprises lorsqu'ils privatisent la prestation de services. Un autre exemple a été le Principe 6, selon lequel les États doivent respecter les droits de l'homme dans le cadre des appels d'offres et la conclusion de contrats avec les entreprises privées.

Des défis majeurs pour la mise en œuvre des *Principes directeurs* ont été identifiés. D'abord, l'application des *Principes directeurs* par les entreprises dans leurs chaînes d'approvisionnement présente un premier enjeu. Le modèle de la filière de production occupe une place centrale dans l'économie globale aujourd'hui. De nombreux scandales, tel l'effondrement de l'immeuble du Rana Plaza en 2013 au Bangladesh, ont montré l'importance pour les entreprises multinationales de garantir le respect des droits de l'homme dans leurs filières de production. Il existe ainsi le besoin de développer les moyens pour les entreprises d'inciter leurs fournisseurs et contractants à respecter les droits de l'homme. D'autre part, les contours des responsabilités des entreprises à l'égard de leurs fournisseurs et contractants doivent être précisés.

Ensuite, il y existe encore trop peu de Plans d'action nationaux présentés par les États sur les entreprises et les droits de l'homme. L'un des objectifs clé des Plans d'action consiste en l'identification d'éventuelles lacunes dans la mise en œuvre des *Principes directeurs* par la législation nationale et par les politiques des entreprises. Les Plans d'action nationaux doivent également inclure les informations relatives aux mesures concrètes (telles que des lois, des règlements ou des politiques) qui ont été prises ou envisagées pour combler ces lacunes. A ce jour, seul huit États ont publié leurs Plans d'action nationaux, et vingt-huit sont en phase de préparation. Ces données témoignent du fait que les États se heurtent à de grandes difficultés dans la collecte des informations, tant au niveau des Ministères compétents qu'au niveau des entreprises. Il est pourtant crucial d'adopter des Plans qui soient inclusifs, et donc fondés sur la prise en compte des consultations avec les différents acteurs de la société civile.

Atelier « Business & Human Rights for Corporations »

L'atelier sur le thème « Business & Human Rights for Corporations » a réuni trois experts travaillant respectivement pour le gouvernement, pour une entreprise et pour une organisation non-gouvernementale. Le représentant du Département fédéral des affaires étrangères a noté les engagements des entreprises militaires et de sécurité privées en matière de droits de l'homme et de droit international humanitaire dans les zones de conflit. Un code de bonne conduite existe depuis 2010 et l'Association du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (International Code of Conduct Association ICoCA) a été mise en place à Genève en 2013. A ce jour, plus de 700 entreprises militaires et de sécurité privées ont signé le Code de bonne conduite (Code de conduite international des entreprises ICoC) dont 136 ont adhéré à l'ICoCA. L'objectif de cette Association est d'assurer l'application et le contrôle de l'ICoC. Les sociétés signataires du Code de bonne conduite s'engagent à respecter dans leurs activités en zone de conflit toutes les législations en vigueur, y compris les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Les entreprises parties à l'ICoCA ont franchi un pas supplémentaire, car elles sont soumises à un processus de certification et doivent accepter le monitoring de leurs activités ainsi que la mise en place d'un processus de traitement des plaintes.

La représentante d'*Amnesty International* a présenté un historique de la relation entre les droits de l'homme et les entreprises depuis les années 90. La réprobation soulevée par la catastrophe de Bhopal de 1984, dont les conséquences se font ressentir encore aujourd'hui, ou par les « diamants de conflits », qui ont alimenté des guerres en Afrique, a été parmi les facteurs déclenchant l'adoption de codes de bonne conduite par les entreprises. Le devoir de « diligence raisonnable » imposé aux entreprises a été examiné, en mettant en lumière les obligations de prévenir, d'atténuer et de remédier aux impacts négatifs sur les droits de l'homme causés par les entreprises. En ce sens, les entreprises doivent mettre en place des mécanismes de suivi et des procédures d'audit. Les *Lignes directrices pour le reporting en matière de développement durable* (Global Reporting Initiative) ont aussi été évoquées en tant qu'instrument de contrôle externe sur les impacts des entreprises sur les droits de l'homme.

Par ailleurs, les Principes directeurs établissent des devoirs pour les entreprises mères tout au long de la chaîne d'approvisionnement. Les États ont le devoir d'imposer aux entreprises l'obligation d'analyser leurs filières d'approvisionnement et de prouver que toutes les

mesures raisonnables ont été prises pour éviter les violations des droits de l'homme à travers les activités de ces filières.

La représentante de *Lundin Petroleum* a examiné la responsabilité sociale des entreprises sous l'angle de l'exploration et du développement de l'industrie pétrolière. Elle a noté que les entreprises n'opèrent pas en vase clos, mais au contraire de plus en plus sur la base de partenariats. Il se peut ainsi que la mauvaise réputation d'une entreprise ait des répercussions sur une compagnie partenaire ou même sur tout un secteur de production. Les politiques et les procédures mises en place par les entreprises se fondent sur une approche de gestion des risques. La conscience des risques causés par les violations des droits de l'homme conduisent les entreprises à établir des mécanismes de prévention. Ces risques incluent d'éventuelles répercussions sur le droit à la santé, à un environnement sain ou au principe de non-discrimination. Une entreprise qui n'est pas perçue comme un « good corporate citizen » peut voir sa réputation remise en question et ses résultats économiques peuvent en être affectés.

Atelier « Business & Human Rights for Lawyers and In-House Counsel »

L'atelier « Business & Human Rights for Lawyers and In-House Counsel » a réuni quatre juristes, dont trois praticiens et une académicienne. En guise d'introduction, des observations générales ont été formulées sur la nature juridique des *Principes*. Le caractère non contraignant des *Principes* n'enlève rien à leur importance en tant qu'instrument juridique. Sur ce point, le parallèle a été établi avec les « Règles pénitentiaires européennes », qui visent à harmoniser les politiques pénitentiaires des Etats membres du Conseil de l'Europe et à faire adopter des pratiques et des normes communes. Selon ces règles, il convient de tenir compte – comme le fait de longue date le Tribunal fédéral suisse – de la protection de la liberté personnelle et d'autres droits fondamentaux. Par ailleurs, une partie du contenu des *Principes directeurs* est contraignant, notamment l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris les entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme. Une riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme montre que l'État doit prévenir les violations des droits de l'homme commises par les entreprises. L'arrêt *Haldimann et autres c. Suisse*, prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 24 février 2015, a été cité pour montrer que les activités de « naming and shaming » doivent être protégées par l'État sur le fondement de la liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme.

La conseillère juridique de l'*International Bar Association* (IBA) a ensuite introduit le Guide Pratique de l'IBA sur les entreprises et les droits de l'homme à l'intention des avocats, approuvé par la résolution du Conseil de l'*International Bar Association* le 28 mai 2016. Le respect des droits de l'homme et la gestion des risques, y compris de nature juridique, sont désormais un enjeu crucial pour les entreprises. Il en découle la nécessité pour les avocats de prendre en compte la dimension « droits de l'homme » dans leur pratique du droit. Le Guide élaboré par l'IBA se propose de montrer comment les *Principes directeurs* peuvent s'appliquer aux conseils fournis aux clients par les juristes d'entreprise, les avocats indépendants ou les avocats travaillant dans un cabinet. Le Guide comporte aussi une analyse des implications potentielles des *Principes directeurs* pour les cabinets d'avocats en tant qu'entreprises commerciales, devant elles-mêmes assurer le respect des droits de l'homme. L'adoption du Guide de l'IBA témoigne de l'effet catalyseur de l'adoption des *Principes directeurs*. Un tel effet a été renforcé par l'adoption récentes de législations

nationales qui incorporent ces principes. Par exemple, le *Modern Slavery Act* de 2015 au Royaume-Uni impose aux entreprises de rédiger une déclaration décrivant les étapes suivies par l'entreprise pour s'assurer que ses sous-traitants et ses chaînes d'approvisionnement sont exempts de toute pratique liée à l'esclavage et au trafic d'êtres humains. La déclaration doit contenir des informations sur la société, ses politiques et leur efficacité en matière de lutte contre l'esclavage et le trafic d'êtres humains, les audits préalables entrepris, la gestion des risques et la formation assurée.

Le besoin de sensibiliser les praticiens du droit aux risques liés au respect des droits de l'homme a aussi été mis en avant par deux autres intervenants. L'IBA a un rôle crucial à jouer à cet égard, notamment dans l'harmonisation des pratiques des différentes associations du barreau à travers le monde. Ces enjeux sont d'autant plus cruciaux que les entreprises ont eu tendance à privilégier les conseillers externes plutôt que les praticiens du droit pour mettre en place des stratégies de gestion des risques liées au respect des droits de l'homme. Cette tendance fait place à des préoccupations portant sur la nature et le contenu recommandations formulées par des conseillers externes qui ne prennent pas nécessairement ou suffisamment en compte le cadre juridique global dans lequel les activités des entreprises s'inscrivent.

Atelier « Business & Human Rights for Banks »

L'atelier « Business & Human Rights for Banks » avait pour objectif d'analyser les implications de *Principes directeurs* pour les banques. Cela impliquait en premier lieu de souligner l'importance de ces principes dans les relations financières. Un intervenant issu du milieu des banques a noté que les entreprises financières étaient peu présentes à l'esprit des rédacteurs des *Principes*. Néanmoins, certains des principes peuvent aisément trouver application pour les banques. Le Principe 16, par exemple, requiert un engagement de respecter les droits de l'homme par le biais d'une déclaration de principe qui doit être approuvée au plus haut niveau de l'institution concernée et doit être mise à disposition du public. En outre, selon le Principe 17, les banques doivent également exercer une diligence raisonnable afin d'identifier et de prévenir les incidences négatives potentielles sur les droits de l'homme. Cette diligence doit être incorporée aux systèmes de gestion des risques et être accompagnée par la mise en œuvre de mesures de réparation. Néanmoins, du fait de la nature de leurs activités, les banques sont confrontées à davantage de difficultés dans l'application des *Principes directeurs*.

De manière générale, les banques doivent faire preuve d'une diligence raisonnable lorsque ses propres activités peuvent avoir une incidence néfaste pour les droits de l'homme, ou lorsque cet impact négatif découle directement des activités issues de ses relations commerciales. Une banque doit être liée à l'entité qui commet un abus à travers ses relations financières. Par exemple, sera reconnue fautive une banque qui finance un certain groupe qui commercialise des biens, si elle subventionne à travers ces ventes les activités d'un groupe armé impliqué dans des violations des droits de l'homme.

Un exemple de gestion de risques a été esquissé de la manière suivante :



Source : Crédit Suisse

Face à des risques, la banque peut adopter différentes approches. Une banque peut, par exemple, uniquement contrôler les opérations et les transactions qui présentent un haut coefficient de risque (ceci est le modèle de gestion du risque adopté par Crédit Suisse). Une autre option serait de soumettre à contrôle toute transaction et toute opération menée par la banque (ceci est le modèle de gestion du risque reflété notamment dans l'Environmental and Social Risk Policy Framework de l'Union de banques suisses (UBS)). Ces différences d'approche n'enlèvent rien au fait que les risques liés au respect des droits de l'homme et de la protection de l'environnement occupent une place distincte par rapport à d'autres secteurs du risque bancaire, tels que ceux ayant trait au blanchissement d'argent, au terrorisme ou à la corruption. La gestion des risques est ainsi devenue pour les banques une activité qui englobe des catégories distinctes et de nature diverse.

**Forum des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme
Palais des Nations, Genève
14-16 novembre 2016**

Le cinquième « Forum des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme » a eu lieu à Genève du 14 au 16 novembre 2016. Le Forum été créé par le Conseil des droits de l'homme en tant que plateforme réunissant différents acteurs pour discuter des évolutions et des difficultés liées à l'application des *Principes directeurs*.

Le Forum 2016 est intitulé « Direction et influence : inscrire les droits de l'homme dans les normes et les relations qui animent l'économie mondiale ». Les enjeux de 'direction' et d' 'influence' ont été abordés du point de vue de l'État, des entreprises et des institutions financières. Chaque session a ainsi visé à mettre en relief le rôle et la position spécifique de chacun de ces acteurs dans l'économie globale.

L'attention s'est focalisée sur le rôle de l'État en tant qu'acteur économique, et plus spécifiquement sur l'intégration de la protection des droits de l'homme dans ses activités commerciales. Une analyse des marchés des capitaux a permis d'explorer les

responsabilités des financiers quand il y a une violation des droits de l'homme. Les trois sessions ont toutes conduit à formuler le constat que le 'leadership' est un élément crucial pour aboutir à une application plus efficace des *Principes directeurs*.

Parmi les nombreux thèmes abordés, celui du rôle économique de l'État s'est révélé être particulièrement riche en enjeux. Une partie de ces enjeux est liée aux activités de l'État dans les procédures de marchés publics. La promotion du respect des droits de l'homme ne figure pas parmi les objectifs classiques des organismes gouvernementaux lors des achats de marchandises et de services au moyen de ressources publiques et à des fins publiques. D'autres objectifs, notamment le support aux petites et aux moyennes entreprises (PME), ont façonné les politiques gouvernementales. Il est donc nécessaire de créer des mécanismes de contrôle et des systèmes de compensation permettant d'harmoniser les différents objectifs visés à travers les marchés publics. Par exemple, l'imposition de critères en matière de protection des droits de l'homme peut comporter des coûts disproportionnés à l'égard des PME. Les activités de telles entreprises posent par ailleurs des difficultés en terme de monitoring.

Pour surmonter de telles difficultés, il convient de prévoir différents types de critères, selon que l'objectif soit d'influencer un certain marché ou bien une seule entreprise. L'intégration de critères de sélection au niveau micro peut contribuer à rééquilibrer les éventuelles asymétries causées par l'adoption de critères macro d'accès aux marchés publics.

L'expérience du programme mis en place par le Chili a été citée comme un exemple de bonne pratique. La création de pôles de recherche, tel l'*International Learning Lab on Public Procurement and Human Rights*, montre l'intérêt croissant pour le thème.

Un autre aspect du rôle économique de l'État a trait aux agences de crédit à l'exportation. Leur prérogative est de fournir un soutien à une transaction impliquant un acheteur (ou un garant) du secteur public dans un pays à faible revenu. Ces agences sont souvent amenées à opérer dans des contextes à haut risque de violation de droits de l'homme.

Certaines expériences nationales, tel que celle de la *Norwegian Export Credit Guarantee Agency*, montre la possibilité d'exercer une influence sur une transaction notamment en mettant en évidence l'existence d'un « business case » lié au respect des droits de l'homme par l'acheteur. Au niveau multilatéral, a été relevé l'importance de la réforme en cours au sein de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE). En novembre 2016, les membres du Groupe de travail sur les crédits à l'exportation et les garanties de crédit (GCE) ont convenu d'un ensemble révisé de principes et de lignes directrices, modifiant l'Accord de 2008 sur les principes et lignes directrices du prêt durable. Bien qu'elle marque une étape importante, l'adoption des nouvelles lignes directrices parviendra difficilement à fournir un cadre commun pour l'intégration des droits de l'homme dans les activités de crédit à l'exportation. Le langage de ces nouvelles lignes directrices demeure axé sur la durabilité financière. Il demeure difficile de traduire dans ce langage les exigences en matière de protection de droits de l'homme.

Quant aux entreprises, le Forum a été l'occasion d'explorer les développements récents en matière d'accès à des moyens de recours. Une attention particulière a été portée sur les mécanismes de traitement des plaintes non-judiciaires. Ces mécanismes opèrent au niveau des opérations sur le terrain et permettent à l'entreprise d'adresser de manière directe les plaintes soulevées à l'encontre de ses activités. Différents cas d'étude montrent

qu'il est nécessaire que les victimes soient consultées, notamment dans la définition du mandat du mécanisme de plainte et la nature des remèdes octroyés par celui-ci. Il convient par ailleurs d'éviter le recours à un mécanisme de plainte qui exclurait tout recours juridictionnel. Cela est d'autant plus important que si les mécanismes de plainte mis en place par les entreprises semblent être assez efficaces pour redresser des violations de faible entité, ils le sont moins pour redresser des violations graves de droits de l'homme.

De manière plus générale, les participants ont mis en exergue le lien crucial entre les *Principes directeurs* et la nécessaire contribution des entreprises à la mise en œuvre des objectifs du développement durable (ODDs). En dépassant la dichotomie entre 'respect' et 'promotion' des droits de l'homme, les *Principes directeurs* font de l'intégration des droits de l'homme dans les activités des entreprises un moyen pour celles-ci de changer les sociétés dans lesquelles elles opèrent. C'est ce même rôle moteur que les entreprises sont appelées à exercer afin d'apporter une véritable contribution aux ODDs. Les concepts à géométrie variable de 'direction' et d'influence' permettent d'appréhender toute la complexité et les nuances de ce rôle dans le cadre de la chaîne de valeur. Ainsi, le choix de ce thème pour le Forum 2016 montre bien le niveau de maturité atteint par la réflexion sur les rapports entre les entreprises et les droits de l'homme. Cette conclusion est aussi confirmée par le fait que le Forum 2016 a enregistré une participation record des représentants des entreprises. Ce niveau de participation est un signe positif en vue notamment de la mise en œuvre des ODDs.