

Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée chargé de l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme

Prof. Hatem KOTRANE

Membre du Comité des droits de l'enfant

Panel V- Contenu : Obligations des Etats à garantir le Respect des droits de l'homme par les sociétés transnationales et autres entreprises, y compris les obligations extraterritoriales

1. Notre propos, dans le cadre de ce Panel V, consiste d'abord à délimiter les obligations générales incombant aux Etats au titre de l'instrument international à adopter en vue d'encadrer les activités et les opérations des sociétés transnationales et autres entreprises **(A)**. Cela nous amène, dans une étape suivante, à circonscrire la réflexion aux obligations spécifiques concernant le respect, la protection et la mise en œuvre des droits de l'enfant et pouvant être couverts au titre de l'Instrument international considéré **(B)**.

A. Obligations générales incombant aux Etats

2. Les États ont trois types d'obligation au titre du droit international des droits de l'homme, à savoir respecter les droits de l'homme, les protéger et les mettre en œuvre¹.

a) L'obligation de respecter impose aux États de ne pas entraver la jouissance des droits l'homme : les États ne devraient pas faciliter, aider ni encourager les violations des droits de l'homme, que ce soit directement ou indirectement. Un Etat qui aménage, par exemple, des lois spéciales autorisant les sociétés transnationales à échapper, en tout ou en partie, à l'application de certaines lois sociales, comme c'est le cas de lois applicables dans certains pays aux zones dites franches, crée une situation de dumping social et viole son obligation de respecter les droits de l'homme. En outre, les États ont l'obligation de veiller à ce que tous les acteurs respectent les droits de l'homme, y compris dans le cadre des activités et des opérations des entreprises. Ils doivent pour ce faire veiller à ce que toutes les décisions politiques, législatives ou administratives relatives aux entreprises soient prises de manière transparente et en connaissance de

¹Voir l'Observation générale n° 13 (1999) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le droit à l'éducation, *Documents officiels du Conseil économique et social, 2000, Supplément n° 2* (E/2000/22), annexe VI, par. 46.

cause et tiennent systématiquement et pleinement compte des incidences sur les droits de l'homme.

L'obligation de respecter implique aussi qu'un État ne devrait pas commettre, encourager ou laisser commettre des violations des droits de l'homme lorsqu'il a lui-même un rôle commercial ou entretient des relations commerciales avec des entreprises privées. Par exemple, les États doivent prendre des mesures pour que les marchés publics soient attribués à des soumissionnaires qui s'engagent à respecter les droits de l'homme. Les organismes et institutions de l'État, notamment les forces de sécurité, ne devraient pas participer à la commission d'atteintes aux droits de l'homme ou laisser commettre de tels actes par des tiers. En outre, les États ne devraient pas investir de l'argent public ou d'autres ressources dans les activités d'entreprises qui portent atteinte aux droits de l'homme.

b) L'obligation de protéger exige des États qu'ils préviennent les violations des droits de l'homme par des tiers. Cette responsabilité est primordiale s'agissant des obligations qui incombent aux États en ce qui concerne le secteur des sociétés transnationales et autres entreprises. Les principes directeurs des Nations Unies affirment, en substance, que les États doivent protéger contre l'abus des droits de l'homme par ces sociétés commis sur leur territoire et/ou sur le territoire d'États tiers. Cela nécessite de prendre les mesures appropriées pour prévenir, enquêter, punir et corriger ces abus par le biais de politiques efficaces, lois, règlements et mécanismes de recours et de plaintes protéger contre l'abus des droits de l'homme par ces sociétés commis sur leur territoire et/ou sur le territoire d'États tiers.

c) L'obligation de mettre en œuvre requiert des États qu'ils prennent des mesures concrètes visant à faciliter, promouvoir et permettre la jouissance des droits de l'homme. Cela signifie que les États doivent appliquer des mesures législatives, administratives, budgétaires, judiciaires, incitatives et autres ayant trait aux activités des sociétés transnationales et autres entreprises qui ont une influence sur les droits de l'homme. Pour honorer cette obligation, les États devraient mettre en place un environnement juridique et réglementaire stable et prévisible qui permette aux sociétés transnationales et autres entreprises de respecter les droits de l'homme, notamment des lois et des normes clairement définies et correctement appliquées sur le travail, l'emploi, la santé et la sécurité, l'environnement, la lutte contre la corruption, l'utilisation des terres et les impôts. Les États devraient également mettre en place des mesures visant à promouvoir la connaissance et la compréhension des droits de l'homme dans les ministères, les organismes d'État et dans les autres institutions publiques qui ont une influence sur les pratiques des sociétés transnationales et autres entreprises et encourager dans les entreprises une culture respectueuse des droits de l'homme.

B. Obligations spécifiques vis-à-vis des droits de l'enfant et devoir de diligence des entreprises

3. En général, c'est le non-respect des lois réglementant l'activité des sociétés transnationales et autres entreprises ou l'application peu rigoureuse de ces lois qui pose le plus de problèmes du point de vue des droits de l'enfant. Selon le Comité des droits de l'enfant, pour veiller à l'application et au respect effectifs des lois, les États devraient:

a) Renforcer les organismes de réglementation chargés de veiller au respect des normes relatives aux droits de l'enfant, notamment dans les domaines de la santé et de la sécurité, des droits des consommateurs, de l'éducation, de l'environnement, du travail, ainsi que de la publicité et du marketing, afin que ces organismes aient les pouvoirs et les ressources nécessaires pour contrôler l'application de ces normes, enquêter sur les plaintes qu'ils reçoivent et, en cas d'atteinte aux droits de l'enfant, offrir des voies de recours aux victimes et faire en sorte que celles-ci obtiennent réparation;

b) Faire connaître aux parties prenantes, notamment aux enfants et aux sociétés transnationales et autres entreprises, les textes législatifs et réglementaires relatifs aux droits de l'enfant et aux entreprises;

c) Former les juges et les agents de l'administration, ainsi que les avocats et les prestataires d'aide juridictionnelle afin de garantir l'application correcte de la Convention et de ses dispositions relatives aux entreprises et aux droits de l'enfant, des normes internationales relatives aux droits de l'homme et de la législation nationale pertinente et de favoriser le développement de la jurisprudence nationale; et

d) Offrir aux victimes des recours utiles en mettant en place des mécanismes judiciaires ou non judiciaires et en garantissant un accès effectif à la justice.

4. Pour s'acquitter de leur obligation d'adopter des mesures propres à garantir le respect des droits de l'enfant par les sociétés transnationales et autres entreprises, les États devraient obliger celles-ci à prendre les précautions qui s'imposent en la matière. Les sociétés transnationales et autres entreprises seront ainsi tenues de définir, prévenir et atténuer l'incidence de leurs activités sur les droits de l'enfant, notamment lorsqu'elles font affaire avec d'autres entités ou opèrent à l'échelle internationale². Lorsqu'il existe un risque important que des entreprises portent atteinte aux droits de l'enfant en raison de la nature de leurs activités ou des contextes dans lesquels elles les

²Voir UNICEF, Save the Children et Global Compact, Principes régissant les entreprises dans le domaine des droits de l'enfant (2011).

exercer, les États devraient les obliger à appliquer des procédures encore plus rigoureuses de diligence raisonnable et à mettre en place un système de suivi efficace.

5. Dans les cas où le devoir de diligence dans le domaine des droits de l'enfant s'inscrit dans le cadre plus global du devoir de diligence en matière de droits de l'homme, il est impératif que les dispositions de la Convention et des Protocoles facultatifs soient prises en compte lors de la prise de décisions. Toute mesure ou tout plan d'action adopté pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme et permettre aux victimes d'obtenir réparation doit tenir compte tout spécialement de l'incidence particulière qu'ont ces atteintes sur les enfants.

6. Dans le cadre du devoir de diligence en matière de droits de l'enfant, les grandes entreprises devraient, selon le Comité, être encouragées et, selon qu'il convient, tenues de faire connaître les efforts qu'elles font pour réduire leur incidence sur les droits de l'enfant. Les rapports publiés à cet effet devraient être consultables, concrets et comparables entre les différentes entreprises; ils devraient également recenser les mesures prises par chaque entreprise pour réduire les répercussions néfastes, réelles ou potentielles, de ses activités sur les enfants. Les entreprises devraient notamment être tenues de faire connaître les mesures qu'elles prennent pour que les biens et les services qu'elles produisent ou commercialisent ne soient pas à l'origine de graves atteintes aux droits de l'enfant, notamment d'esclavage ou de travail forcé. Lorsque la diffusion de ces informations est obligatoire, les États devraient mettre en place des mécanismes de vérification et de contrôle pour veiller au respect de cette mesure. Ils peuvent en outre faciliter l'établissement des rapports en créant des instruments d'étalonnage destinés à mesurer les bons résultats en matière de droits de l'enfant.

Recours et réparations

7. Les États ont l'obligation d'assurer des recours utiles et d'offrir réparation en cas de violation des droits de l'enfant, y compris lorsqu'elles sont commises par des sociétés transnationales et autres entreprises. Il convient, pour s'acquitter de cette obligation, de disposer de mécanismes – pénaux, civils ou administratifs – adaptés aux enfants, qui soient connus par ceux-ci et par leurs représentants et qui soient rapides, véritablement disponibles et accessibles et assurent une réparation adéquate pour le préjudice subi. Les organismes qui ont des pouvoirs de contrôle dans les domaines touchant aux droits de l'enfant, notamment les inspections du travail, de l'éducation, de la santé et de la sécurité, les tribunaux pour l'environnement, les autorités fiscales, les institutions et les organes nationaux de défense des droits de l'homme qui s'intéressent à l'égalité dans le secteur des entreprises peuvent aussi jouer un rôle en ce qui concerne l'accès à des voies de recours. Ces organismes peuvent prendre l'initiative de mener des enquêtes et de surveiller les violations et peuvent aussi disposer de pouvoirs de

réglementation leur permettant d'imposer des sanctions administratives aux sociétés transnationales et autres entreprises qui portent atteinte aux droits de l'enfant. Dans tous les cas, les enfants devraient pouvoir avoir accès à une justice indépendante et impartiale ou au contrôle juridictionnel des procédures administratives.

8. Selon le Comité des droits de l'enfant, pour déterminer le niveau ou la forme de la réparation, les mécanismes devraient prendre en considération le fait que les enfants peuvent être plus vulnérables que les adultes face aux conséquences des violations de leurs droits et que ces conséquences peuvent être irréversibles et entraîner un préjudice à l'échelle d'une vie. Ils devraient aussi prendre en considération la nature évolutive du développement et des capacités de l'enfant et la réparation devrait être accordée en temps voulu pour limiter le préjudice immédiat et à venir pour l'enfant concerné; par exemple, s'il est établi que des enfants sont victimes d'une pollution de l'environnement, des mesures devraient immédiatement être prises par toutes les parties compétentes pour qu'il ne soit pas porté davantage préjudice à la santé et au développement des enfants et pour réparer les préjudices déjà subis. Les États devraient fournir une aide médicale et psychologique, une assistance juridique et des mesures de réadaptation aux enfants victimes de sévices et de violences qui ont été causés par des sociétés transnationales et autres entreprises ou auxquels ces acteurs ont contribué. Ils devraient aussi garantir la non-répétition des violations, par exemple en modifiant les lois et politiques pertinentes et leur application, notamment en ce qui concerne les poursuites contre les acteurs économiques concernés et les sanctions applicables.

Responsabilité extraterritoriale

9. Les sociétés transnationales et autres entreprises opèrent de plus en plus à l'échelle mondiale à travers un réseau complexe de filiales, d'agents, de fournisseurs et de coentreprises. Les incidences de leurs activités sur les droits de l'enfant, qu'elles soient positives ou négatives, sont rarement le résultat des actions ou omissions d'une seule unité opérationnelle, que ce soit la société mère, une filiale, un sous-traitant, un fournisseur ou autre. Elles peuvent au contraire être le résultat d'une relation entre différentes unités opérationnelles situées dans différentes juridictions ou d'une participation de différentes unités. Par exemple, les fournisseurs peuvent être impliqués dans le travail des enfants, des filiales peuvent être responsables d'expropriation de terres et des sous-traitants ou des franchisés peuvent commercialiser des biens et des services qui sont néfastes pour les enfants. Les États peuvent rencontrer des difficultés particulières pour s'acquitter de leur obligation de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'enfant dans ce contexte, notamment parce que les entreprises sont souvent constituées d'entités juridiquement distinctes situées dans différents États, même lorsqu'elles opèrent en tant qu'unité

économique qui a son cœur d'activité, est immatriculé et/ou a son siège social situé dans un pays (l'État d'origine) et dont les opérations se déroulent dans un autre pays (l'État d'accueil).

10. En vertu de la Convention, les États ont l'obligation de respecter et de garantir les droits de l'enfant dans leur juridiction. La Convention ne limite pas la juridiction d'un État à son «territoire». Conformément au droit international, le Comité a déjà invité instamment les États à protéger les droits d'enfants qui peuvent se trouver en dehors de leurs frontières territoriales. Il a également souligné que les obligations qui incombent à l'État au titre de la Convention et des Protocoles facultatifs s'y rapportant s'appliquent à tout enfant qui se trouve sur le territoire d'un État et à tous les enfants qui relèvent de la juridiction d'un État.

11. Les obligations extraterritoriales sont aussi expressément mentionnées dans le Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Le paragraphe 1 de l'article 3 dispose que chaque État doit veiller à ce que, au minimum, les actes et activités visés dans ledit article soient pleinement couverts par son droit pénal, que ces infractions soient commises au plan interne ou transnational. En vertu du paragraphe 4 de l'article 3 du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, les États devraient établir la responsabilité des personnes morales, notamment des entreprises, pour ces infractions; cette responsabilité peut être pénale, civile ou administrative.

Obligations extraterritoriales et coopération internationale

12. Les États ont l'obligation de participer à la coopération internationale en vue de la réalisation des droits de l'enfant au-delà de leurs frontières territoriales. Le préambule et les dispositions de la Convention mentionnent invariablement «l'importance de la coopération internationale pour l'amélioration des conditions de vie des enfants dans tous les pays, en particulier dans les pays en développement»³. L'Observation générale n° 5 souligne que «la mise en œuvre de la Convention est un exercice de coopération entre tous les États du monde»⁴. En tant que telle, la pleine réalisation des droits de l'enfant au titre de la Convention est en partie fonction de la manière dont les États interagissent. En outre, le Comité souligne que la Convention a été ratifiée par presque

³Voir l'article 4, le paragraphe 4 de l'article 24, le paragraphe 3 de l'article 28, l'article 17 et le paragraphe 2 de l'article 22 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que l'article 10 du Protocole facultatif concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et l'article 10 du Protocole facultatif concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

⁴Observation générale n° 5, par. 60.

tous les États; en conséquence, la mise en œuvre de ses dispositions devrait être une préoccupation majeure et d'importance égale pour les États d'accueil et pour les États d'origine des entreprises.

13. Les États d'accueil ont la responsabilité première de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'enfant dans leur juridiction. Ils doivent veiller à ce que toutes les entreprises, notamment les sociétés transnationales, qui opèrent à l'intérieur de leurs frontières, soient dûment réglementées par un cadre juridique et institutionnel qui garantisse qu'elles n'ont d'incidences néfastes sur les droits de l'enfant et/ou qu'elles ne facilitent pas et n'encouragent pas les violations dans des pays étrangers.

14. Les États d'origine ont aussi l'obligation, qui découle de la Convention et des Protocoles facultatifs s'y rapportant, de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'enfant dans le contexte des activités et des opérations extraterritoriales des entreprises, pour autant qu'il existe un lien raisonnable entre l'État et le comportement en question. Selon le Comité, il existe un lien raisonnable lorsqu'une entreprise a son cœur d'activité dans l'État concerné, y est immatriculée ou domiciliée ou y exerce l'essentiel ou une part substantielle de ses activités⁵.

15. Les États devraient favoriser l'accès à des mécanismes judiciaires et non judiciaires efficaces en vue d'assurer des réparations aux enfants et à leur famille en cas de violation de leurs droits par des entreprises opérant à l'étranger lorsqu'il existe un lien raisonnable entre l'État et le comportement concerné. En outre, les États devraient fournir une assistance et une coopération internationales pour les enquêtes et la mise en œuvre des procédures dans des États tiers.

16. Selon le Comité, les mesures visant à prévenir les violations des droits de l'enfant par des entreprises qui opèrent à l'étranger sont notamment les suivantes:

a) Faire dépendre l'accès aux financements publics et à d'autres formes de soutien de l'État, comme les assurances, de la mise en place par l'entreprise de mesures visant à recenser, prévenir ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'enfant des opérations qu'elle mène à l'étranger;

b) Prendre en considération, pour décider de l'octroi de financements publics ou d'autres formes de soutien officiel, les antécédents de l'entreprise en ce qui concerne les droits de l'enfant;

c) Veiller à ce que les organismes publics qui jouent un rôle important auprès des entreprises, comme les organismes de crédit à l'exportation, prennent des

⁵Voir les Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, principe 25 (2012).

mesures pour recenser, prévenir et atténuer les éventuels effets négatifs que les projets qu'ils soutiennent peuvent avoir sur les droits de l'enfant, avant d'accorder leur soutien aux entreprises qui opèrent à l'étranger et précisent que ces organismes n'appuieront pas les activités susceptibles de causer des violations des droits de l'enfant ou d'y contribuer.

17. Les États d'origine et les États d'accueil devraient mettre en place des cadres institutionnels et juridiques qui favorisent le respect des droits de l'enfant par les sociétés transnationales et autres entreprises dans les activités qu'elles mènent au niveau international. Les États d'origine devraient veiller à ce qu'il existe des mécanismes efficaces permettant aux organismes et institutions publics chargés de la mise en œuvre de la Convention et des Protocoles facultatifs s'y rapportant de bien coordonner leurs activités avec celles des organismes chargés du commerce et de l'investissement à l'étranger. Ils devraient aussi renforcer les capacités afin que les organismes d'aide au développement et les missions à l'étranger chargées de promouvoir le commerce puissent intégrer les questions relatives aux entreprises dans les dialogues bilatéraux sur les droits de l'homme, notamment les droits de l'enfant, qu'ils mènent avec les gouvernements étrangers. Les États qui adhèrent aux Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales devraient apporter un appui à leurs Points de contact nationaux qui fournissent des services de médiation et de conciliation dans des affaires qui se produisent hors de leur territoire, en veillant à ce qu'ils disposent de ressources suffisantes, à ce qu'ils soient indépendants et à ce qu'ils soient chargés, dans le cadre de leur mandat, de veiller au respect des droits de l'enfant dans le contexte des activités des entreprises. Il conviendrait de donner dûment suite aux recommandations formulées par des organes comme les Points de contact nationaux de l'OCDE.