



Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **1** Affronter les faits et
établir une voie juridique

Un rapport de la Commission internationale de juristes
Comité d'experts juridiques sur la complicité
des entreprises dans les crimes internationaux



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

S'il existe des situations dans lesquelles des entreprises et leurs dirigeants se rendent directement et immédiatement responsables d'atteintes aux droits de l'homme, il est souvent allégué que les entreprises sont impliquées, avec d'autres acteurs, dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme. Dans de telles circonstances, les organisations et défenseurs des droits de l'homme, les responsables de l'élaboration de politiques au niveau international, les experts gouvernementaux et les entreprises elles-mêmes recourent dorénavant à l'expression « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme » pour rendre compte de ce qu'ils considèrent comme une implication indésirable des entreprises dans de tels actes. Cette évolution a suscité l'élaboration de rapports, d'analyses et de débats et a soulevé des interrogations. Que signifie le fait pour une entreprise de se rendre « complice » ? Quelles sont les conséquences d'une telle complicité ? Comment les entreprises peuvent-elles éviter de se rendre complices d'atteintes aux droits de l'homme ? Comment faire pour qu'elles aient à rendre des comptes du fait de leur complicité ? À bien des égards, même si l'utilisation de ce terme s'est généralisée, il reste encore un grand nombre de confusions et d'incertitudes quant aux limites de ce concept et, en particulier, aux circonstances dans lesquelles la responsabilité juridique, aussi bien civile que pénale, peut être engagée.

En 2006, afin de traiter certaines de ces questions, la Commission internationale de juristes a demandé à huit experts juridiques de former un Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux. Ce Comité a été chargé d'analyser les circonstances dans lesquelles les entreprises et leurs dirigeants pouvaient être tenus responsables juridiquement au regard du droit pénal et/ou civil lorsqu'ils se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme. Il a également été demandé au Comité de proposer des éclairages sur les situations que les entreprises prudentes devraient éviter.

Dans ce premier Volume du rapport final, le Comité présente les grandes lignes de sa conception du droit pénal et du droit civil sur la base des analyses développées dans les Volumes 2 et 3. Adoptant le langage utilisé dans la définition des politiques publiques, le Comité décrit le type de comportement que les entreprises devraient éviter si elles veulent s'assurer de ne pas se rendre complices d'atteintes graves aux droits de l'homme et donc, éviter de se retrouver dans une zone de risque juridique.



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Commission internationale de juristes
CIJ
33, Rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse

La Commission internationale de juristes

La Commission internationale de juristes (CIJ) est une organisation non gouvernementale consacrée à la promotion de l'état de droit, à sa compréhension et à son respect ainsi qu'à la protection juridique des droits de l'homme dans le monde entier. Elle est basée à Genève, en Suisse, et bénéficie d'un réseau de 85 sections nationales et d'organisations affiliées. Elle dispose d'un statut consultatif au Conseil économique et social des Nations unies, à l'UNESCO, au Conseil de l'Europe et à l'Union africaine. La CIJ travaille en collaboration avec différents organes de l'Organisation des États américains.

Case postale 91
33, Rue des Bains
CH-1211 Genève 8
Suisse
Adresse électronique : info@icj.org
www.icj.org



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Membres de la Commission internationale de juristes

M. Raja AZIZ ADDRUSE, Malaisie
Prof. Abdullahi AN-NA'IM, Soudan
Juge Solomy BALUNGI BOSSA, Ouganda
Ambassadeur Julio BARBOZA, Argentine
Juge Ian BINNIE, Canada
Prof. Alexander BRÖSTL, Slovaquie
Juge Arthur CHASKALSON, Afrique du Sud
Prof. Santiago CORCUERA, Mexique
Dr Rajeev DHAVAN, Inde
Prof. Vojin DIMITRIJEVIC, Serbie
Prof. Louise DOSWALD-BECK, Suisse
Juge Unity DOW, Botswana
Juge John DOWD, Australie
Mme Vera DUARTE, Cap Vert
Juge Hisham EL BASTAWISSI, Égypte
Prof. Paula ESCARAMEIA, Portugal
Juge Elisabeth EVATT, Australie
Prof. Jochen A. FROWEIN, Allemagne
Dr Gustavo GALLÓN GIRALDO, Colombie
M. Stellan GÄRDE, Suède
M. Roberto GARRETÓN, Chili
Prof. Robert GOLDMAN, USA
Prof. Jenny E. GOLDSCHMIDT, Pays-Bas

Mme Asma JAHANGIR, Pakistan
Mme Imrana JALAL, Îles Fidji
Prof. David KRETZMER, Israël
Prof. Kazimierz Maria LANDOSZ, Pologne
M. Kathurima M'INOTI, Kenya
Mme Karinna MOSKALENKO, Russie
Prof. Vitit MUNTABHORN, Thaïlande
Dr Pedro NIKKEN, Venezuela
Prof. Manfred NOWAK, Autriche
Dr Jorge Eduardo PAN CRUZ, Uruguay
Prof. Andrei RICHTER, Russie
Juge Michèle RIVET, Canada
Dr Mary ROBINSON, Irlande
Sir Nigel RODLEY, Royaume-Uni
Juge A.K.M. SADEQUE, Bangladesh
M. Claes SANDGREN, Suède
M. Raji SOURANI, Palestine
Prof. Daniel THÜRER, Suisse
Prof. U. Oji UMOZURIKE, Nigeria
Prof. Vilenas VADAPALAS, Lituanie
Prof. Yozo YOKOTA, Japon
Juge E. Raúl ZAFFARONI, Argentine
Prof. Leila ZERROUGUI, Algérie

Membres honoraires

Juge P.N. BHAGWATI, Inde
Dr Boutros BOUTROS-GHALI, Égypte
M. William J. BUTLER, USA
Prof. Antonio CASSESE, Italie
Juge Marie-José CRESPIAN, Sénégal
Dato' Param CUMARASWAMY, Malaisie
Dr. Dalmo A. DE ABREU DALLARI, Brésil
Prof. Alfredo ETCHEBERRY, Chili
M. Desmond FERNANDO, Sri Lanka
Lord William GOODHART, Royaume-Uni
Juge Lennart GROL, Suède
Prof. Hans-Heinrich JESCHECK, Allemagne
Prof. P.J.G. KAPTEYN, Pays-Bas
Juge Michael D. KIRBY, AC, CMG, Australie
Prof. Kofi KUMADO, Ghana

Prof. Jean Flavien LALIVE, Suisse
Juge Claire L'HEUREUX-DUBE, Canada
Dr Rudolf MACHACEK, Autriche
Prof. Daniel H. MARCHAND, France
M. Norman S. MARSCH, Royaume-Uni
M. J.R.W.S. MAWALLA, Tanzanie
M. François-Xavier MBOUYOM, Cameroun
M. Fali S. NARIMAN, Inde
Sir Shridath S. RAMPHAL, Guyane
M. Bertrand RAMCHARAN, Guyane
Dr Joaquin RUIZ-GIMENEZ, Espagne
Prof. Christian TOMUSCHAT, Allemagne
M. Michael A. TRIANTAFYLIDES, Chypre
Prof. Theo VAN BOVEN, Pays-Bas

Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **1** Affronter les faits et
établir une voie juridique

Un rapport de la Commission internationale
de juristes Comité d'experts juridiques sur
la complicité des entreprises dans les crimes
internationaux

© Copyright : Commission internationale de juristes, 2008

La CIJ autorise la reproduction gratuite d'extraits de toutes ses publications, à condition que son nom soit mentionné et qu'un exemplaire de la publication contenant l'extrait soit envoyé à son siège, à l'adresse suivante :

Commission internationale de juristes

Case postale 91

33, Rue des Bains

CH-1211 Genève 8

Suisse

Adresse électronique : info@icj.org

www.icj.org

® Complicité des entreprises et Responsabilité juridique, Volume 1

ISBN: 978 92-9037-132-3

Genève, 2008

Edition française, 2010

Complicité des entreprises et Responsabilité juridique

VOLUME **1** Affronter les faits et
établir une voie juridique

Un rapport de la Commission internationale
de juristes Comité d'experts juridiques sur
la complicité des entreprises dans les crimes
internationaux



COMMISSION
INTERNATIONALE
DE JURISTES

Ce volume a été rédigé par Nicholas Howen. Leah Hoctor, Magda Karagiannakis et Andrea Shemberg ont également contribué à la rédaction. Wilder Tayler a effectué la révision juridique et politique. Le Comité a revu ce volume durant le processus de rédaction au moins à trois reprises. Le volume a été mis en forme par Leah Hoctor et Róisín Pillay. Stephen Coakley a contribué à la recherche menée dans le cadre de ce travail. Priyamvada Yarnell a contribué à la production de ce volume. Nous tenons à remercier, outre le Groupe directeur des membres et des conseillers, Carlos Lopez qui a fourni des commentaires sur le texte. Salvatore Saguès a traduit ce volume en français. Marie-Caroline Caillet a fait la révision de la traduction.

Nous tenons également à remercier le grand nombre de personnes qui ont contribué au travail mené par le Comité de diverses manières et à différentes étapes, en particulier Alexandre Arregui et Anthony MacDonald, stagiaires au sein de la Commission internationale de juristes en 2006-2007. Nous tenons également à remercier le Business and Human Rights Resource Centre pour avoir hébergé une page Internet consacrée au processus suivi tout au long de ce travail : <http://www.business-humanrights.org/Updates/Archive/ICJPaneloncomplicity>.

L'analyse du Comité et la production de ce rapport ont été rendues possibles grâce à l'assistance financière fournie par le Ministère des affaires étrangères et du commerce international canadien, Irish Aid et la Division politique IV du ministère suisse des Affaires étrangères. Grâce au soutien et à la collaboration de la Fondation Friedrich-Ebert, le Comité a pu organiser, en octobre 2006, une consultation rassemblant de multiples parties prenantes.

TABLE DES MATIÈRES

Préface	vii
1 Complicité des entreprises et obligation de rendre des comptes au 21^e siècle	1
1.1 Le comportement des entreprises et les appels en faveur de l'obligation de rendre des comptes	1
1.2 Le Comité des experts juridiques de la CIJ – Complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme	3
1.2.1 Clarifier la signification juridique et politique de la notion de complicité	3
1.2.2 L'application du droit civil et du droit pénal aux atteintes graves aux droits de l'homme	6
1.2.3 Modifier le comportement des entreprises pour prévenir la complicité	8
2 Prévenir la complicité : dans quelles circonstances la responsabilité juridique d'une entreprise peut-elle être engagée lorsqu'elle s'est rendue complice d'atteintes graves aux droits de l'homme ?	10
2.1 Causalité et contribution: le fait de rendre possible, d'aggraver et de faciliter des atteintes aux droits de l'homme	12
2.1.1 « Rendre possible » : les atteintes ne seraient pas survenues sans le comportement de l'entreprise	14
2.1.2 « Aggraver » : Le comportement de l'entreprise intensifie les atteintes aux droits de l'homme et le préjudice qui en résulte	15
2.1.3 « Faciliter » : Le comportement de l'entreprise modifie la manière dont les atteintes aux droits de l'homme sont perpétrées	15
2.1.4 La « continuité » de la causalité	16
2.1.5 Moyens de défense et excuses fréquemment invoqués	21
2.2 Connaissance et prévisibilité du risque	23

2.2.1 L'entreprise a la volonté de participer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme	24
2.2.2 L'entreprise sait, ou aurait dû savoir, que son comportement risquait probablement de contribuer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme	25
2.2.3 Éléments de preuve de la connaissance et de la prévisibilité	27
2.2.4 Ignorance délibérée : connaissance et prévisibilité dans un monde globalisé	29
2.3 Proximité : son impact sur la causalité et la connaissance ou la prévisibilité	30
3 Analyser des situations dans lesquelles des entreprises font fréquemment l'objet d'allégations de complicité	33
3.1 La fourniture de biens et de services	33
3.2 Le fait d'assurer la sécurité des activités d'une entreprise	35
3.3 Chaînes d'approvisionnement	36
3.4 Partenariats commerciaux formels	37

Préface

En mars 2006, la Commission internationale de juristes a demandé à huit experts juridiques de former un Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans les crimes internationaux (le Comité). Le Comité a été créé afin d'étudier les circonstances dans lesquelles des entreprises et leurs dirigeants peuvent être tenus juridiquement responsables au regard du droit pénal ou civil lorsqu'ils sont impliqués, avec d'autres acteurs, dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Les membres du Comité sont des juristes éminents dans différents domaines d'expertise, provenant de cinq continents et représentant les traditions juridiques aussi bien de la *common law* que du droit civil. Il s'agit de : Andrew Clapham, Claes Cronstedt, Louise Doswald-Beck, John Dugard, Alberto Leon Gomez-Zuluaga, Howard Mann, Usha Ramanathan et Ralph G. Steinhardt.

Durant tout le processus, la CIJ a sollicité un certain nombre d'experts en tant que conseillers au Comité, notamment : Eric David, Errol Mendes, Peter Muchlinski, Anita Ramasastry et Cees van Dam.

Le Comité directeur du Projet était composé de : Widney Brown & Peter Frankental (Amnesty International), Arvind Ganesan (Human Rights Watch), Patricia Feeny (Rights and Accountability in Development), John Morrison (Business Leaders Initiative on Human Rights ; TwentyFifty Ltd.), Sune Skadegaard Thorsen (Lawhouse DK ; ICJ Denmark), et Salil Tripathi (International Alert).

Le Comité a reçu des documents de recherche préparés par des universitaires éminents, des praticiens et des avocats d'entreprise sur un certain nombre de thèmes importants. Il s'agissait notamment de : Larissa van den Herik (droit pénal international), David Hunter (droit international de l'environnement), Olivier de Schutter (droit de l'Union européenne), Jennifer Zerk (responsabilité civile délictuelle en *common law*), Celia Wells (droit pénal de l'entreprise), Jonathan Burchell (droit pénal comparé en matière de responsabilité solidaire), Beth Stephens (procédures judiciaires aux USA à l'encontre d'entreprises pour atteintes graves aux droits de l'homme), Rachel Nicolson et Emily Howie (personnalité juridique séparée, responsabilité limitée et voile social), Sunny Mann (droit de la concurrence) et John Sherman (Directives des USA en vue de l'élaboration de condamnations applicables à des organisations faisant l'objet d'une accusation).

En octobre 2006, à l'occasion d'une consultation rassemblant de multiples parties prenantes, organisée en partenariat avec la Fondation Friedrich-Ebert, le Comité a noué un débat avec des parties prenantes clés, dont les représentants de : ABB, Amnesty International, BP, Building and Wood Workers International, la Business Leaders Initiative on Human Rights, le Centre for Corporate Accountability, Chatham House, la Coca Cola Company, le Comité International de la Croix-Rouge, la Confédération internationale des syndicats libres, le Conseil d'administration de

l'OIT, le German Forum for Human Rights, Global Witness, le Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme Human Rights Watch, l'International Council on Human Rights Policy, National Grid, Rights and Accountability in Development et Sherpa.

Le Comité a également sollicité l'avis de juristes, de représentants du secteur des affaires et d'autres par le biais d'un appel à contributions en ligne. Des contributions ont notamment été soumises par l'Association internationale des avocats de la défense, la Corporate Responsibility Coalition (CORE), Earthrights, et Global Witness.

Le Comité s'est réuni en plénière à trois reprises durant ce processus. Les trois volumes de ce rapport présentent les conclusions et recommandations finales de cette étude. Le rapport a été approuvé dans son intégralité par chacun des membres du Comité et reflète leur opinion collective. Il peut cependant arriver que certains arguments spécifiques mis en avant dans ce rapport ne correspondent pas ou ne reflètent pas totalement, l'opinion particulière de chacun des membres du Comité.

1 Complicité des entreprises et obligation de rendre des comptes au 21e siècle

1.1 Le comportement des entreprises et les appels en faveur de l'obligation de rendre des comptes

Il y a soixante ans, de hauts responsables d'entreprises ont été condamnés pour avoir aidé activement le régime nazi à commettre certains des pires crimes de guerre imaginables. Ces hommes d'affaires, via leurs entreprises, ont fourni du gaz toxique aux camps de concentration en sachant que celui-ci allait être utilisé pour exterminer des êtres humains ; ils ont activement cherché à bénéficier de main-d'œuvre servile pour travailler dans leurs usines ; ils ont cautionné la déportation, l'assassinat et les mauvais traitements infligés à des travailleurs serviles ou y ont contribué. Des hommes d'affaires ont également soutenu financièrement les criminels S.S. et ont enrichi leurs entreprises en pillant des biens dans l'Europe occupée.

Les informations faisant état de la participation d'entreprises dans des atteintes graves aux droits de l'homme n'ont pas cessé avec la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les bienfaits reconnus que peuvent apporter le commerce et des investissements florissants pour contribuer à élever le niveau de vie des populations n'ont pas diminué les craintes de voir les entreprises causer des préjudices considérables. Du fait des progrès immenses en matière de capacité de documentation des atteintes aux droits de l'homme et de communication à l'échelle globale dans un monde interconnecté, une attention renouvelée a été portée sur certaines des pratiques les plus graves commises par des entreprises dans le monde entier – dont certaines remontent aux soixante dernières années – et des appels ont été lancés afin que ces entreprises rendent compte de leurs actes.

La communauté internationale a été choquée par la diffusion d'informations montrant que sur tous les continents, des entreprises ont, en connaissance de cause, aidé des gouvernements, armé des groupes rebelles ou autres à commettre des atteintes graves aux droits de l'homme. Des entreprises pétrolières et minières cherchant à obtenir des concessions et à garantir leur propre sécurité ont été accusées de verser de l'argent, de livrer des armes et des véhicules et de fournir un soutien aérien à des forces militaires gouvernementales ou à des groupes rebelles qui ont utilisé ces moyens pour attaquer, tuer et faire « disparaître » des civils. Des opérateurs de services aériens privés auraient joué un rôle essentiel dans des programmes gouvernementaux de restitutions extraordinaires et illégales visant à faire transiter des personnes soupçonnées de terrorisme d'un pays à l'autre. Des entreprises de sécurité privées ont été accusées de collusion avec des agences de sécurité gouvernementales dans le cadre d'actes de torture infligés dans des lieux de détention gérés conjointement. Des entreprises auraient fourni des informations qui ont permis à un gouvernement de détenir et de torturer des syndicalistes ou

d'autres personnes considérées comme des opposants politiques. Certaines entreprises auraient vendu du matériel informatique conçu spécifiquement aux fins de permettre à un gouvernement de localiser et de discriminer des minorités ainsi que des équipements de terrassement utilisés pour démolir des habitations en violation du droit international. D'autres entreprises sont accusées de soutenir des groupes rebelles qui commettent des atteintes graves aux droits de l'homme en achetant des diamants de la guerre, tandis que certaines auraient encouragé le recours au travail d'enfants et favorisé des conditions de travail déplorables en imposant des prix de plus en plus bas à leurs fournisseurs.

Bien que ces atteintes ne soient malheureusement pas nouvelles, ce qui a changé c'est la volonté qu'ont désormais les victimes et leurs représentants d'obliger les entreprises à devoir rendre des comptes lorsqu'elles sont impliquées dans des atteintes graves aux droits de l'homme. Cette évolution s'explique par plusieurs développements connexes.

Tout d'abord, dans le contexte actuel de globalisation et d'interdépendance économique et de ses répercussions aux niveaux sociaux et politiques, les entreprises sont devenues des acteurs centraux et elles n'ont jamais eu autant d'influence et de pouvoir. Du fait des relations complexes que les entreprises entretiennent aussi bien avec des individus qu'avec des populations locales ou encore les gouvernements, les activités commerciales peuvent avoir, et ont effectivement, un impact incommensurable sur les êtres humains. Certaines entreprises exercent maintenant une influence politique considérable et jouissent d'un pouvoir économique plus important que celui de certains États. Un grand nombre d'entre elles ont développé des relations commerciales et politiques étroites avec les détenteurs du pouvoir, y compris des gouvernements ou des groupes armés qui commettent des atteintes graves aux droits de l'homme. Du fait de processus de privatisation et de sous-traitance, les entreprises sont dorénavant souvent amenées à exercer des fonctions sensibles jusque-là réservées à l'État. Les entreprises du 21^e siècle opèrent à travers les frontières, que ce soit dans le cadre de leurs chaînes d'approvisionnement ou de distribution de leurs produits, ou encore du fait d'opérations directes ou d'alliances au sein de groupes d'entreprises.

Deuxièmement, notre monde interconnecté a vu l'émergence d'un concept de plus en plus large de responsabilité éthique. Nous nous percevons tous, d'une certaine manière, comme impliqués dans les préjudices infligés dans des pays souvent éloignés, parce que nous contribuons à la destruction des forêts tropicales lorsque nous achetons des meubles faits en bois tropical, ou parce que nous encourageons le travail d'enfants lorsque nous achetons des ballons de football fabriqués par des enfants soumis à des conditions de travail terribles. Du fait de ce sens accru de responsabilité morale envers le sort d'autrui, les actions des entreprises, y compris les plus distantes et les plus complexes, font également l'objet d'une surveillance étroite.

Troisièmement, les victimes d'atteintes aux droits de l'homme et les groupes travaillant en leur faveur se tournent de plus en plus vers le droit pour contrer le pouvoir des entreprises : pour faire en sorte que les responsables d'atteintes aux droits de l'homme aient à rendre des comptes et pour obtenir une réparation. Cette évolution a favorisé une transformation dynamique du droit qui a été amené à s'interroger sur la question de savoir comment les différentes branches du droit national et international pouvaient être mobilisées afin d'exiger que des acteurs non étatiques de plus en plus puissants rendent des comptes lorsqu'ils causent un préjudice. Cela a alimenté des débats quant à l'opportunité et à la façon d'adapter le système international de protection des droits de l'homme afin qu'il impose des obligations non seulement aux gouvernements mais également aux entreprises. Le fait de rendre justice pour de telles atteintes constitue également un objectif important de la Cour pénale internationale. Cette juridiction, relativement nouvelle, est compétente pour connaître d'atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes internationaux et commises par des individus, y compris des dirigeants d'entreprise.

1.2 Le Comité des experts juridiques de la CIJ – Complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme

C'est dans ce contexte que la CIJ a instauré le Comité d'experts juridiques sur la complicité des entreprises dans des crimes internationaux (ci-après le Comité).

Ce Comité a été chargé d'étudier les situations dans lesquelles la responsabilité juridique des entreprises et/ou celle des individus qui les représentent pouvait être engagée au regard du droit pénal et/ou du droit civil lorsqu'ils se rendent « complices » avec des gouvernements, des groupes armés, ou d'autres acteurs, d'atteintes graves aux droits de l'homme.

L'objectif du Comité est de clarifier les différentes voies juridiques pouvant garantir une telle obligation de rendre des comptes. Mais le Comité ne cherche pas seulement à favoriser un recours plus grand à ces voies juridiques, il vise également à inciter les entreprises à se prémunir elles-mêmes contre le risque de devenir « complices » de tels actes.

1.2.1 Clarifier la signification juridique et politique de la notion de complicité

Depuis un certain nombre d'années, le terme de « complicité » est employé couramment dans des documents relatifs à des politiques publiques, des articles de journaux et des slogans de campagnes militantes pour renvoyer à différentes modalités d'implications inacceptables d'un acteur dans des actes commis par d'autres. Ce terme est souvent employé non pas dans une acception juridique renvoyant au statut du complice en droit pénal, mais est plutôt utilisé dans un sens très large et familier avec plusieurs niveaux de significations pour exprimer l'idée selon laquelle

une personne a été entraînée et s'est trouvée impliquée dans un acte qui est négatif et inacceptable. Cette utilisation du terme « complicité » s'est généralisée dans le cadre des travaux menés sur les activités des entreprises et les droits de l'homme et fournit un outil pour appréhender et expliquer en termes simples le fait que des entreprises peuvent être impliquées dans des atteintes aux droits de l'homme d'une manière qui implique une responsabilité et une faute.

S'il existe de nombreuses situations dans lesquelles des entreprises et leurs dirigeants sont les auteurs directs et immédiats d'atteintes aux droits de l'homme, il est souvent allégué que des entreprises sont impliquées, avec d'autres acteurs, dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme. Dans de telles circonstances, les organisations et les défenseurs des droits de l'homme, les responsables de l'élaboration de politiques au niveau international, les experts gouvernementaux et les entreprises elles-mêmes recourent dorénavant à l'expression « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme » pour rendre compte de ce qu'ils considèrent comme une implication indésirable des entreprises dans de tels actes. À l'instar du concept d'impunité qui a acquis, dans la sphère des droits de l'homme, une signification autrement plus complexe, plus variée et plus riche que sa stricte signification historique et juridique, le concept de complicité est dorénavant employé de manière beaucoup plus riche, plus profonde et plus large qu'auparavant eu égard aux rapports entre entreprises et droits de l'homme.

Cette évolution a suscité l'élaboration de rapports, d'analyses et de débats et a soulevé des interrogations. Que signifie le fait pour une entreprise de se rendre complice ? Quelles sont les conséquences d'une telle complicité ? Comment les entreprises peuvent-elles éviter de se rendre complices d'atteintes aux droits de l'homme ? Comment faire pour qu'elles aient à rendre des comptes du fait de leur complicité ? À bien des égards, même si l'utilisation de ce terme s'est généralisée, il reste encore un grand nombre de confusions et d'incertitudes quant aux limites de ce concept et, en particulier, aux circonstances dans lesquelles la responsabilité juridique, aussi bien civile que pénale, peut être engagée. Ce sont de telles questions que le Comité souhaite clarifier dans le présent rapport. Le Comité a examiné les cas dans lesquels une responsabilité juridique pour ce type de complicité peut être engagée, ce qui lui a permis de mettre en lumière le type de comportements que les entreprises devraient éviter si elles veulent s'assurer de ne pas enfreindre le droit et de ne pas entrer dans une zone de risque juridique.

Tout au long du présent Volume et dans le Volume 3, le Comité emploie le terme de « complicité » dans l'acception décrite supra – car il s'agit d'un concept utile permettant de renvoyer aux nombreuses situations dans lesquelles des entreprises peuvent se retrouver impliquées de manière inacceptable dans des atteintes aux droits de l'homme commises par d'autres acteurs.

Étant donné qu'au regard du droit pénal, le concept de complicité a une signification spécifique et technique qui est étroitement liée à la notion de « complicité par aide et assistance » (« *aiding and abetting* »), dans son analyse du droit pénal

international et national qui figure dans le Volume 2 de ce rapport, le Comité ne se réfère pas à la notion de « complicité » mais emploie le terme d'« implication » dans des crimes. Un tel terme vise à refléter deux considérations. Tout d'abord, en droit pénal, la complicité a une signification à la fois spécifique et limitée. Par ailleurs, ce concept de droit pénal ne couvre pas nécessairement l'ensemble des acceptions données à ce terme, dans le sens politique, de « complicité des entreprises dans des atteintes aux droits de l'homme » décrit supra. C'est la raison pour laquelle le Comité a choisi d'examiner d'autres formes de responsabilité pénale, outre celle de la complicité par aide et assistance, afin de rendre compte de manière adéquate des zones de risque juridique dans lesquelles il estime que les entreprises peuvent potentiellement se trouver lorsqu'elles sont impliquées, avec d'autres acteurs, dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Encadré 1: Entreprises, sociétés et entités commerciales

Malgré l'emploi, dans le titre du rapport du Comité, de l'expression « complicité des entreprises », tout au long de son analyse, le Comité a étudié toutes les entités commerciales quelle que soit leur structure ou composition, qu'elles soient de grande ou de petite taille, multinationales, transnationales ou nationales, étatiques ou privées. L'analyse et les conclusions du Comité visent à être applicables à l'ensemble des différentes catégories d'entités commerciales et, tout au long de ce rapport, le Comité utilise de manière interchangeable les termes d'*entreprise* et de *société* pour désigner ces entités.

De plus, tout au long du rapport, lorsque le Comité mentionne la responsabilité juridique des entreprises ou des sociétés, cette expression doit être comprise comme renvoyant à la responsabilité juridique de l'entité commerciale et/ou d'un dirigeant d'une entreprise, étant entendu que l'engagement, le cas échéant, de la responsabilité de l'entreprise, du dirigeant ou des deux dépend de la juridiction compétente et du système juridique applicable. Le droit pénal s'applique souvent (mais ce n'est pas toujours le cas) uniquement aux individus (c'est-à-dire aux personnes physiques) et, par conséquent, dans de nombreux systèmes juridiques ainsi que, à l'heure actuelle, devant la Cour pénale internationale, seuls les dirigeants d'entreprises (et non les entités commerciales) peuvent être poursuivis en justice. Cependant, dans tous les systèmes juridiques, les entreprises (en tant que personnes morales) au même titre que les employés d'une entreprise (en tant que personnes physiques) peuvent voir leur responsabilité civile engagée.

Encadré 2: Atteintes graves aux droits de l'homme

L'analyse du Comité a porté sur les actions qui constituent des violations des droits de l'homme commises par des gouvernements et/ou des atteintes aux droits de l'homme commises par des acteurs non étatiques, y compris par exemple des groupes armés et des entreprises. Tout au long de son rapport, le Comité emploie l'expression « atteintes aux droits de l'homme » pour décrire ce type de comportements. Il a été demandé au Comité d'examiner certaines des atteintes aux droits de l'homme les plus flagrantes, qui ont souvent des effets dévastateurs, non seulement pour les victimes concernées et leurs familles, mais également pour les communautés et les sociétés au sein desquelles elles ont été perpétrées. Tout au long de son rapport, le Comité emploie l'expression « atteinte grave aux droits de l'homme » pour décrire de telles exactions. Cette expression est généralement comprise comme décrivant une infraction de nature flagrante qui s'assimile à une agression directe et manifeste aux droits de l'homme internationalement reconnus. Les atteintes graves aux droits de l'homme incluent notamment les crimes contre l'humanité, les disparitions forcées, les exécutions extrajudiciaires, les détentions arbitraires prolongées, l'esclavage et la torture. Le concept d'atteintes graves aux droits de l'homme est en expansion continue et des actes qui n'étaient jusqu'à présent pas considérés comme étant constitutifs d'atteintes graves aux droits de l'homme, sont dorénavant généralement considérés comme étant inclus dans cette notion.

1.2.2 L'application du droit civil et du droit pénal aux atteintes graves aux droits de l'homme

Le rapport du Comité ne repose pas sur une analyse du droit international relatif aux droits de l'homme en tant que mécanisme imposant une obligation de rendre des comptes, mais il porte plutôt sur deux branches du droit : le droit pénal (principalement le droit pénal international, ainsi que certains concepts de droit pénal communs aux divers systèmes nationaux) et le droit de la responsabilité civile tel qu'il est appliqué aussi bien dans les pays de *common law* que dans les pays de droit civil. Le Comité estime que ces deux ensembles de normes offrent actuellement certaines des voies juridiques les plus propices lorsqu'il s'agit de faire en sorte que les entreprises aient l'obligation juridique de rendre des comptes quand elles se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme.

Droit pénal international et national (Volume 2)

Un comportement qui provoque une atteinte grave aux droits de l'homme entraîne souvent des infractions au droit pénal international et, par conséquent, ce type d'actes constitue souvent un crime au regard du droit international. Le droit pénal

international ne cesse de reconnaître la qualification d'infractions pénales à un nombre croissant d'actes qualifiés de crimes par le droit international. Il impose également des obligations aux États qui sont tenus de poursuivre et de punir les auteurs de ces crimes. Dans le Volume 2 de son rapport, le Comité examine en détail la manière dont la responsabilité pénale des entreprises peut être engagée lorsque celles-ci sont impliquées avec un autre acteur dans la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme constitutives de crimes au regard du droit international. Le Comité étudie également brièvement la responsabilité pénale prévue par les législations nationales, eu égard à ces crimes.

Lorsque le rapport examine les crimes au regard du droit international, il traite avant tout des crimes suivants :

- les crimes contre l'humanité, le génocide et l'apartheid ;
- les crimes de guerre, y compris les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et au Protocole I (qui sont applicables aux conflits armés internationaux), les infractions à l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole II (qui sont applicables aux conflits armés internes) ainsi que d'autres infractions graves au droit international humanitaire.
- d'autres atteintes graves aux droits de l'homme, tels que la torture et l'esclavage, que les États sont tenus, aux termes du droit international, de criminaliser dans le cadre de leur droit pénal national.

En ce qui concerne les fondements permettant d'engager la responsabilité pénale, le rapport a porté principalement sur la complicité par aide et assistance, la responsabilité du fait d'un dessein commun et la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ces fondements de la responsabilité pénale sont analysés en détail dans le Volume 2.

S'il n'existe pas encore de forum international compétent pour poursuivre une entreprise en tant que personne morale, il est largement admis que les dirigeants d'entreprise peuvent faire l'objet de poursuites au niveau international pour des crimes au regard du droit pénal international. En effet, dès son élaboration après la Deuxième Guerre mondiale, le droit pénal international a été appliqué à la sphère d'activité des entreprises. C'est ainsi que des dirigeants d'entreprises qui s'étaient retrouvés impliqués dans des crimes au regard du droit international, perpétrés par les Nazis dans le cadre de leurs transactions commerciales, ont été tenus pénalement responsables de ces actes. Par ailleurs, au fur et à mesure que les systèmes juridiques nationaux incorporent le droit pénal international dans leur législation nationale, ils incluent souvent les personnes morales, y compris les entreprises, dans la liste des auteurs éventuels de crimes.

Responsabilité civile (Volume 3)

Un comportement qui représente un élément constitutif d'atteintes graves aux droits de l'homme enfreint également souvent le droit de la responsabilité délictuelle en vigueur dans les pays de *common law* ainsi que le droit des obligations non contractuelles applicable dans les pays de droit civil. Dans le Volume 3, le Comité présente une analyse comparative des droits nationaux relatifs à la responsabilité civile et des manières dont, dans les divers systèmes juridiques, la responsabilité civile des entreprises et/ou de leurs employés peut être engagée lorsque ceux-ci se rendent complices d'atteintes graves aux droits de l'homme.

L'origine du droit de la responsabilité délictuelle et du droit des obligations non contractuelles remonte à plusieurs centaines d'années et, dans tous les pays, ces deux ensembles de règles ont régi les interactions entre différents acteurs au sein de la société, y compris les entreprises et ce, bien avant que les normes relatives au droit international des droits de l'homme aient été élaborées. Ces règles visent à protéger les intérêts de la personne, tels que l'intégrité physique et mentale, la liberté personnelle, la dignité et la propriété et à assurer l'application des principes de la responsabilité civile lorsqu'un préjudice est causé aux intérêts d'une personne par le comportement d'un autre acteur et lorsque cet acteur et la victime n'entretiennent pas de relation contractuelle. Ces deux ensembles de règles ont toujours été appliqués au comportement des entreprises et il est évident que le comportement d'une entreprise peut infliger un préjudice aux intérêts que le droit de la responsabilité civile protège. Par conséquent, les entités commerciales comme les dirigeants d'entreprises peuvent juridiquement être responsables de tels actes.

Une zone de risque juridique (Volume 1)

Dans le Volume 1, le Comité présente une synthèse de sa compréhension du droit pénal et du droit civil sur la base des analyses développées dans les Volumes 2 et 3. Le Comité décrit le type de comportement que les entreprises devraient éviter si elles veulent s'assurer de ne pas se rendre complices d'atteintes graves aux droits de l'homme et éviter de se trouver, de ce fait, dans une zone de risque juridique. Autrement dit, le Volume 1 vise à élaborer un ensemble de principes génériques et de base reflétant le type de comportements complices qui pourraient engager une responsabilité juridique.

1.2.3 Modifier le comportement des entreprises pour prévenir la complicité

Le Comité est conscient du fait que des théories ne cessent d'apparaître et de se développer sur la manière d'opérer une distinction entre le comportement d'une entreprise qui devrait engager la responsabilité juridique de celle-ci et un comportement qui reflète un choix commercial légitime ou qui pourrait, tout au plus, être critiqué du point de vue politique ou éthique. Cependant, les Volumes 2 et 3 du présent rapport démontrent que les principes fondamentaux relatifs à la

responsabilité juridique, au pénal comme au civil, sont clairs. Les volumes 2 et 3 soulignent également les orientations actuelles du droit, même si la législation et la jurisprudence doivent encore clarifier l'état du droit dans certaines zones grises.

Il ne s'agit pas dans ce rapport de dresser, avec la certitude dont les entreprises sont souvent demandeuses, la liste des cas dans lesquels leur responsabilité juridique pourra ou non être engagée. Ce rapport ne permettra pas non plus aux entreprises de savoir en toute certitude que dans une situation donnée leur responsabilité serait en définitive engagée. Ce genre d'analyse s'avèrerait en effet impossible dans le cadre d'un tel rapport, dans la mesure où chaque cas donné dépend toujours des faits uniques et généralement complexes qui le caractérisent. Pour autant, ce rapport indique tout de même en termes généraux les limites au-delà desquelles le Comité estime que les entreprises courent au minimum un risque de voir leur responsabilité juridique engagée. Et il indique en retour les types de comportement que les entreprises devraient, au minimum, éviter. Il montre également aux membres du Parquet, aux avocats et aux victimes les circonstances, les modalités et les fondements par lesquels le droit peut et devrait être utilisé pour engager la responsabilité juridique des entreprises lorsque celles-ci sont impliquées dans des atteintes graves aux droits de l'homme.

Il convient de souligner que le Comité n'a été chargé d'étudier qu'un seul aspect de l'obligation de rendre des comptes en matière de complicité : à savoir, les circonstances dans lesquelles les entreprises peuvent être tenues *juridiquement* responsables ou peuvent faire l'objet d'allégations de responsabilité juridique du fait d'un comportement complice. Certains actes ou omissions de la part d'entreprises se situent, à l'heure actuelle, en dehors de la portée du droit, mais ce type de comportements peut néanmoins faire l'objet de critiques émises publiquement par différents acteurs qui les considèrent comme inacceptables du point de vue moral ou éthique et ils peuvent avoir des répercussions sur l'image publique ou les activités de l'entreprise en cause. Le Comité estime qu'il est très important de préserver de tels outils permettant d'établir les responsabilités dans la mesure où ils peuvent contribuer significativement à améliorer les pratiques des entreprises. À cet égard, il ne s'agit pas d'interpréter le travail mené par le Comité comme justifiant une limitation du concept de complicité aux seules situations dans lesquelles la responsabilité juridique peut être engagée ou invoquée. De plus, le droit lui-même change et évolue rapidement. Des comportements qui, à l'heure actuelle, n'entraînent pas la mise en œuvre de la responsabilité juridique des entreprises pour complicité, pourraient très bien engager ce type de responsabilité à l'avenir, à mesure que le droit étend sa portée à de nouveaux concepts de responsabilité morale. Les entreprises devraient donc orienter leur action non seulement sur la base des réalités du marché, mais également sur des critères de politiques publiques et des considérations éthiques. Elles ne devraient donc pas se contenter d'une évaluation technique des risques juridiques selon les critères actuels.

2 Prévenir la complicité : dans quelles circonstances la responsabilité juridique d'une entreprise peut-elle être engagée lorsqu'elle s'est rendue complice d'atteintes graves aux droits de l'homme ?

Lorsqu'une entreprise est impliquée avec d'autres acteurs dans des atteintes graves aux droits de l'homme, quel est le degré d'implication qui peut la faire basculer dans une zone de risque juridique dans laquelle sa responsabilité et/ou celle de ses employés peut être engagée au regard du droit pénal et/ou du droit de la responsabilité civile ?

À partir des consultations et du travail de recherche qu'il a menés, et en se fondant sur l'expérience de ses propres membres, le Comité a élaboré une approche qui, espère-t-il, aidera les entreprises, les organisations non gouvernementales (ONG) ou d'autres acteurs concernés à évaluer si une entreprise risque de voir sa responsabilité juridique engagée, lorsqu'elle se rend complice d'atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité espère ainsi aider les entreprises à identifier le type de comportements qu'elles doivent éviter. Cette approche, qui est présentée dans le présent Volume, devrait être lue à la lumière des analyses développées dans les Volumes 2 et 3. Ces derniers proposent respectivement une analyse juridique plus détaillée et plus précise du droit pénal et du droit de la responsabilité civile.

L'encadré 3 (page 11) présente cette approche du point de vue du type de comportements qu'une entreprise devrait éviter pour ne pas entrer dans une zone de risque juridique. Cette approche soulève un certain nombre de questions sur trois thèmes particuliers :

1. *Causalité / Contribution*: Le comportement de l'entreprise a-t-il rendu possible, aggravé ou facilité des atteintes graves aux droits de l'homme ? Les questions relatives à la causalité et à la contribution sont analysées dans la Partie 2.1 (page 12).
2. *Connaissance et prévisibilité* : L'entreprise savait-elle, ou aurait-elle dû savoir, que son comportement risquait de contribuer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme ? Les questions relatives à la connaissance et à la prévisibilité sont analysées dans la Partie 2.2 (page 23).
3. *Proximité*: L'entreprise était-elle proche ou à proximité (que ce soit géographiquement, ou en termes de durée, de fréquence et/ou d'intensité des interactions ou des relations) de l'auteur principal des atteintes aux droits de l'homme ou des victimes ? Les implications découlant de la proximité sont analysées dans la Partie 2.3 (page 30).

La Partie 3 (page 33) applique cette approche à des situations plus spécifiques et aux controverses qui entourent généralement les allégations de complicité dont les entreprises peuvent parfois faire l'objet.

Encadré 3: Les principes: Causalité, connaissance et proximité

Le Comité estime qu'une entreprise prudente devrait éviter les comportements suivants car ils dépassent le seuil au-delà duquel cette entreprise et/ou ses représentants pourraient être tenus responsables au regard du droit pénal et/ou du droit de la responsabilité civile pour complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme commises par un gouvernement, un groupe armé, ou un autre acteur.

Une entreprise devrait éviter tout comportement entraînant les conséquences suivantes :

Si, tout d'abord, du fait de ce type de comportement, l'entreprise ou ses employés contribuent à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme spécifiques, que ce soit par un acte ou une omission, et si - que ce type de comportement prenne la forme d'une participation, d'une assistance ou d'un encouragement - , il

1. rend possible la perpétration d'atteintes spécifiques, ce qui signifie que ces atteintes n'auraient pas été commises sans la contribution de l'entreprise, ou
2. aggrave des atteintes spécifiques, ce qui signifie que l'entreprise empire la situation y compris lorsque, sans la contribution de l'entreprise, certaines de ces atteintes auraient été commises à une plus petite échelle ou à une moindre fréquence, ou
3. facilite ces atteintes spécifiques, ce qui signifie que le comportement de l'entreprise a rendu la perpétration de ces atteintes plus facile ou a modifié la façon dont ces actes ont été perpétrés, notamment eu égard aux méthodes employées, au moment choisi pour perpétrer ces crimes ou à l'efficacité avec laquelle ces actes ont été commis.

Si, deuxièmement, l'entreprise ou ses employés cherchent activement à rendre possible, aggraver ou faciliter des atteintes graves aux droits de l'homme ou - même s'ils ne désirent pas un tel résultat - ils savent, ou auraient dû savoir, au vu de l'ensemble des circonstances, que leur comportement risquait de contribuer à la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme, ou ignorent délibérément ce risque.

Si, troisièmement, l'entreprise ou ses employés entretiennent un rapport de proximité avec l'auteur principal des atteintes graves aux droits de l'homme ou avec la victime de ces atteintes, que cette proximité s'exprime en termes géographiques ou au regard de la durée, de la fréquence, de l'intensité et/ou de la nature de la relation, des interactions ou des transactions commerciales en question. À cet égard, plus l'entreprise ou ses employés sont proches de la situation ou des acteurs impliqués, plus le droit aura tendance à considérer que le comportement de l'entreprise a rendu possible, aggravé ou facilité les atteintes et il est d'autant plus probable que le droit considère que l'entreprise connaissait, ou aurait dû connaître, ce risque.

Les branches du droit pénal et du droit civil emploient des terminologies différentes pour décrire le lien de causalité et l'élément de connaissance requis pour fonder la responsabilité. Ces différences sont présentées brièvement dans le présent Volume et elles sont analysées plus en détail dans les Volumes 2 et 3. En outre, les conditions requises pour que ces critères soient remplis au regard du droit pénal et du droit civil sont différentes, et il en va de même pour les éléments de preuve. Il existe, par ailleurs, au sein des divers systèmes juridiques des différences et des distinctions, y compris dans la même branche de droit, que ce soit en droit pénal ou en droit civil, et des tribunaux ayant des compétences différentes peuvent être amenés à des conclusions différentes sur la base de situations de fait similaires. Néanmoins, le Comité considère que les éléments relatifs au niveau d'implication d'une entreprise et au degré de connaissance susceptibles d'engager sa responsabilité juridique décrits supra reflètent le droit pénal et le droit civil tel qu'ils sont appliqués aussi bien dans les pays de *common law* que dans les pays de droit civil. En outre, le Comité considère que, du point de vue de la politique juridique et publique, des comportements de ce type de la part d'une entreprise devraient engager leur responsabilité juridique, que ce soit sur le plan pénal ou civil et que cela concerne les employés d'une entreprise ou l'entreprise elle-même en tant que personne morale.

Les Parties qui suivent analysent plus en détail les caractéristiques générales des éléments présentés supra en s'interrogeant sur le degré d'implication qu'une entreprise doit avoir dans une atteinte grave aux droits de l'homme avant que sa responsabilité ne soit engagée en droit pénal ou en droit civil.

2.1 Causalité et contribution: le fait de rendre possible, d'aggraver et de faciliter des atteintes aux droits de l'homme

Comme décrit supra, le Comité considère que, d'un point de vue juridique, le lien entre le comportement d'une entreprise et des atteintes graves aux droits de l'homme sera en général considéré comme suffisamment étroit si ce comportement

a « rendu possible », « aggravé » ou « facilité » ces atteintes. Si une entreprise contribue par l'une ou l'autre de ces modalités de participation à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme, l'entreprise elle-même ou ses employés courent le risque de voir leur responsabilité juridique engagée, que ce soit, au regard du droit pénal, en tant que complices d'un crime par aide ou assistance (*aider or abettor*) ou en tant que participants à un plan criminel commun ou, au regard du droit de la responsabilité civile, pour avoir causé de manière intentionnelle ou par négligence un préjudice à une victime.

Dès lors que le comportement d'une entreprise démontre un niveau suffisant d'assistance ou d'encouragement à des atteintes graves aux droits de l'homme (en les rendant possibles, en les aggravant ou en les facilitant), la nature de ce comportement importe peu. Ainsi, l'entreprise peut par exemple fournir des conseils ou un soutien qui encourage l'auteur principal à commettre cet acte. L'entreprise peut également acheter, louer, fournir des biens ou des services tels que des armes, des outils, un financement, du carburant, des systèmes informatiques, des véhicules ou d'autres moyens de transport, des services de sécurité ou encore des infrastructures. La contribution apportée par une entreprise aux atteintes aux droits de l'homme peut encore prendre la forme d'un accord commercial dans lequel il est prévu que, pour remplir ses obligations contractuelles, le partenaire commercial sera amené à commettre des actes constitutifs d'atteintes graves aux droits de l'homme. Le comportement de l'entreprise peut être un acte positif ou une omission – à savoir le fait de ne pas agir – telle que la décision de ne pas refuser d'avoir recours à une main-d'œuvre forcée imposée par le gouvernement, ce qui contribuerait à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme. Par conséquent, dans le marché global actuel, toutes les entreprises - quel que soit le domaine principal dans lequel elles opèrent - doivent évaluer les situations dans lesquelles leur comportement pourrait contribuer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme.

La « proximité » entre un comportement complice et des atteintes aux droits de l'homme qui permettra de déterminer si ledit comportement est à « l'origine » de l'atteinte, fait l'objet de définitions très différentes selon que l'on se situe en droit pénal (voir le Volume 2) ou en droit de la responsabilité civile (voir le Volume 3). Eu égard à la complicité par aide et assistance, le droit pénal international vise à déterminer si une assistance pratique, un encouragement ou un appui moral ont un *effet substantiel* sur la perpétration du crime. De son côté, et de manière générale, le droit de la responsabilité civile s'interroge sur la question de savoir si le préjudice serait tout de même survenu si l'entreprise n'avait pas adopté ce comportement ou en l'absence d'un tel comportement. Néanmoins, un grand nombre d'actions ou d'omissions, qui sont le fait d'entreprises et qui contribuent à des atteintes graves aux droits de l'homme, sont interdites aussi bien par le droit pénal que par le droit de la responsabilité civile. En expliquant dans les paragraphes suivants ce qu'il entend, en pratique, par des actes qui « rendent possibles », « aggravent » et « facilitent » des atteintes aux droits de l'homme, le Comité vise à illustrer le

type de comportements que les entreprises devraient éviter. Bien évidemment, pour que la responsabilité juridique soit engagée, il faut démontrer qu'en plus d'avoir rendu possible, aggravé ou facilité la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme, l'entreprise disposait de l'état psychologique requis (Voir les critères relatifs à la connaissance et à la prévisibilité, dans la partie 2.2). Par ailleurs, le degré de proximité entre l'entreprise et l'auteur et/ou les victimes constituera également un facteur essentiel (Voir la Partie 2.3).

2.1.1 « Rendre possible » : les atteintes ne seraient pas survenues sans le comportement de l'entreprise

Il s'agit du scénario le plus évident. Une entreprise pourrait être tenue responsable aussi bien au regard du droit pénal que du droit de la responsabilité civile si les atteintes spécifiques perpétrées par l'auteur principal ne seraient pas survenues sans la contribution de l'entreprise. Il existe toujours de nombreuses causes qui contribuent à un résultat donné, mais, dans cette situation, le comportement de l'entreprise doit constituer au moins *l'un* des facteurs essentiels, à savoir un facteur nécessaire dans la perpétration des atteintes - bien que généralement ce ne soit pas le seul.

Par exemple, une agence de sécurité gouvernementale pourrait être dans l'impossibilité d'arrêter, de torturer et de tuer des syndicalistes ou d'autres opposants politiques sans que ces derniers n'aient été signalés au gouvernement par l'entreprise qui les emploie. De même, il peut s'avérer que les actes de torture ou les exécutions extrajudiciaires, commis par des membres de services de sécurité étatiques ou privés à l'encontre de populations locales manifestant autour du site d'opérations d'une entreprise, n'ont été rendus possibles que parce que l'entreprise avait recruté ces services de sécurité pour assurer sa propre protection. Il peut également arriver qu'un groupe armé ou des forces gouvernementales n'aient été en mesure de pénétrer dans des zones inaccessibles et de procéder à des déplacements forcés et à des assassinats de membres de populations locales vivant autour d'un site de prospection minière que grâce aux avions ou à des pistes d'atterrissage mis à leur disposition par une entreprise.

Dans de telles situations, l'entreprise s'est inscrite dans la chaîne de causalité en commettant une action ou une omission essentielle qui « a rendu possibles » les atteintes graves aux droits de l'homme commises par un autre acteur. Sans la contribution de l'entreprise, ces atteintes ne seraient sans doute pas survenues. Par exemple, une attaque violente menée à l'encontre d'une population locale par des forces gouvernementales sera effectuée en combinant de nombreux facteurs, notamment une quantité suffisante de soldats, d'armes, de véhicules, de carburant ainsi que des informations indiquant les cibles à attaquer et le moment adéquat pour lancer cette attaque. Tous ces éléments sont nécessaires mais aucun ne sera à lui seul suffisant. Une entreprise aura « rendu possible » l'attaque menée par

les forces gouvernementales dès lors qu'elle aura contribué à fournir l'un de ces éléments nécessaires.

2.1.2 « Aggraver » : Le comportement de l'entreprise intensifie les atteintes aux droits de l'homme et le préjudice qui en résulte

La responsabilité de l'entreprise pourrait également être engagée aussi bien au regard du droit pénal que du droit de la responsabilité civile dès lors que, même si l'auteur principal aurait de toute façon commis des atteintes aux droits de l'homme, le comportement de l'entreprise a soit élargi le type d'atteintes aux droits de l'homme commises par l'auteur principal ou augmenté le nombre de victimes, soit accru la gravité du préjudice subi par les victimes (c'est-à-dire qu'il a exacerbé ou aggravé le préjudice subi). Ce type de scénarios remplit le critère établi par le droit de la responsabilité civile en ce que une part au moins du préjudice ne serait pas survenue sans l'implication de l'entreprise. Ces cas de figure satisfont également le critère de complicité par aide et assistance établi par le droit pénal, si le comportement de l'entreprise a eu un effet négatif substantiel en augmentant le nombre ou l'ampleur des crimes commis, le nombre de victimes ou la gravité du préjudice subi.

Par exemple, un gouvernement qui procède à des évictions illégales et forcées de centaines de milliers de squatters peut également avoir eu la possibilité de procéder à la destruction de leurs biens et de leurs habitations et de blesser des habitants parce qu'il a utilisé des équipements de terrassement pour démolir les habitations. Des forces de police qui torturent des détenus de manière régulière peuvent avoir la possibilité d'infliger des blessures plus graves si on leur fournit des équipements particuliers tels que des matraques électriques.

2.1.3 « Faciliter » : Le comportement de l'entreprise modifie la manière dont les atteintes aux droits de l'homme sont perpétrées

Lorsque la contribution de l'entreprise a facilité la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme ou a modifié la manière dont ces atteintes ont été commises, y compris lorsque cette contribution n'a pas aggravé ou exacerbé le préjudice, cette entreprise pourrait également être tenue responsable au regard du droit pénal et du droit de la responsabilité civile même si ces atteintes seraient survenues sans l'assistance ou l'encouragement de l'entreprise.

Au regard du droit pénal international, pour qu'un acte soit qualifié de complicité par aide et assistance, il n'est pas nécessaire de prouver que le crime ne serait pas survenu sans l'assistance ou l'encouragement du complice. Il suffit de démontrer que le crime ne serait pas survenu de la même manière. L'assistance ou l'encouragement seront toujours considérés comme ayant eu un « effet substantiel » s'ils ont modifié, par exemple, les méthodes utilisées pour commettre le crime, le moment et le lieu choisis pour perpétrer cet acte, ou encore s'ils ont conduit à ce qu'un nombre

plus important de personnes, ou des personnes différentes, soient affectées, ou s'ils ont accru l'efficacité avec laquelle les atteintes ont été commises.

Au regard du droit de la responsabilité civile, certains principes sont communs à plusieurs systèmes juridiques. Cependant, dans d'autres pays, afin de satisfaire le critère de la causalité, il faut démontrer que le comportement de l'entreprise a modifié la nature ou l'ampleur du préjudice subi, ou encore l'identité des victimes de ce préjudice, plutôt que de simplement affecter la manière dont ce préjudice a été infligé. Le Comité considère cependant qu'en pratique cette différence peut souvent n'avoir que peu d'importance, dans la mesure où le fait de modifier la manière dont le préjudice est infligé change souvent également l'ampleur, la nature ou l'identité des victimes de ce préjudice.

Par exemple, bien qu'un gouvernement puisse déjà être en train de commettre des atteintes graves aux droits de l'homme dans le cadre d'attaques contre des dissidents ou contre un groupe minoritaire, s'il se procure un logiciel plus perfectionné auprès d'une entreprise, cela peut modifier la manière dont ces atteintes sont perpétrées, en lui permettant ainsi de commettre ces atteintes de manière plus efficace, en infligeant aux victimes un préjudice plus important ou en affectant un plus grand nombre de personnes.

Le fait de rendre possible, d'aggraver, de faciliter : une zone de risque juridique

À la lumière de l'analyse qu'il a menée, le Comité considère qu'une entreprise devrait éviter tout comportement qui rend possible, aggrave ou facilite des atteintes graves aux droits de l'homme commises par d'autres. Une entreprise devrait éviter non seulement les situations dans lesquelles des atteintes graves aux droits de l'homme ne seraient pas survenues en l'absence de son implication mais également les cas où son comportement aggrave la situation en élargissant le type des atteintes commises par l'acteur principal ou encore lorsque sa conduite aggrave le préjudice subi. L'entreprise devrait aussi éviter les situations dans lesquelles sa contribution modifie la manière dont ces atteintes aux droits de l'homme sont perpétrées, notamment eu égard aux méthodes employées, au moment choisi et à l'efficacité avec laquelle ces actes sont commis.

2.1.4 La « continuité » de la causalité

Il peut être difficile, dans différents types de situation, de déterminer si le comportement d'une entreprise a été suffisamment lié à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité estime, cependant, qu'il est possible de procéder à un tel examen en se fondant sur les trois critères mentionnés supra de façon à

évaluer si l'entreprise, du fait de son comportement, est suffisamment impliquée dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme.

Certains des cas les plus clairs incluent les situations dans lesquelles l'auteur principal s'appuie directement sur le comportement d'une entreprise pour commettre des atteintes aux droits de l'homme. Il s'agit, par exemple, de situations dans lesquelles la police arrête un activiste syndical suite à une dénonciation de l'entreprise, ou lorsqu'un groupe armé utilise des véhicules ou des avions fournis par une entreprise pour attaquer des civils, ou encore lorsqu'une entreprise recrute et rémunère des membres de forces de sécurité gouvernementales ou privées - connues pour perpétrer des atteintes aux droits de l'homme - afin de réprimer des manifestations locales. Dans de telles situations, l'implication d'une entreprise est souvent extrêmement tangible et le lien entre son comportement et la capacité de l'auteur principal à commettre des atteintes graves aux droits de l'homme est relativement clair.

Il existe des situations plus complexes où la contribution de l'entreprise n'est pas nécessairement utilisée directement par l'auteur du crime, mais contribue à renforcer néanmoins de manière générale la capacité d'agir de cet auteur - en lui permettant d'avoir accès à un soutien financier, à des produits ou à une infrastructure indispensables, comme l'utilisation de routes, de chemins de fer, de systèmes de communication ou de centrales électriques. Les ventes de diamants du conflit par le groupe rebelle angolais, l'*União Nacional para a Independência Total de Angola* (UNITA, Union nationale pour l'indépendance totale de l'Angola) auraient joué un rôle essentiel pour assurer la survie de ce mouvement, notamment en lui permettant d'avoir accès au financement nécessaire pour poursuivre un conflit au cours duquel ses forces ont commis des crimes de guerre de manière systématique. De même, des liens directs ont été établis entre les revenus pétroliers du gouvernement soudanais et sa capacité d'acheter du matériel militaire utilisé pour procéder à des déplacements forcés de civils.

Les différents degrés auxquels les entreprises ont contribué à la perpétuation du régime de l'apartheid en Afrique du Sud et aux atteintes graves aux droits de l'homme commises par ce régime illustrent la difficulté de déterminer si le comportement d'une entreprise a un lien suffisamment étroit avec la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme pour être considéré comme ayant rendu possible, aggravé ou facilité ces atteintes. La Commission Vérité et Réconciliation (CVR), mise en place en Afrique du Sud, a conclu que les entreprises avaient apporté une contribution économique essentielle au maintien de cet État fondé sur l'apartheid. Cette Commission a opéré une distinction entre trois degrés de responsabilité morale. Les entreprises qui ont activement aidé à concevoir et à mettre en œuvre la politique d'apartheid ont été considérées comme ayant fait preuve d'une « *implication au premier degré* ». Il s'agissait, par exemple, des entreprises minières qui ont collaboré avec le gouvernement afin d'élaborer des politiques discriminatoires servant leurs propres intérêts, telles que l'instauration d'un système de main d'œuvre de

travailleurs migrants. Les entreprises qui savaient que l'État utiliserait leurs produits ou leurs services à des fins de répression ont été considérées comme ayant fait preuve d'une « *implication au deuxième degré* » : il s'agissait d'une assistance plus indirecte, comme la mise à disposition par des banques de cartes de crédit secrètes utilisées dans le cadre d'opérations de sécurité répressives ou la fourniture, par des industries d'armements, d'équipements utilisés pour violer les droits de l'homme. Ce type d'actions se différencie de transactions plus indirectes dont on ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce qu'elles contribuent directement ou ultérieurement à la répression, telles que la construction de bâtiments pour des employés de l'État. Enfin, la Commission a identifié une « *implication au troisième degré* » : à savoir les activités commerciales ordinaires qui ont profité indirectement de la situation en opérant dans le cadre d'une société racialement régie par l'apartheid.

Présence silencieuse

Les entreprises font souvent l'objet d'allégations de complicité parce qu'elles mènent des activités commerciales dans des pays où des atteintes graves aux droits de l'homme sont commises et qu'elles n'interviennent pas auprès des autorités afin de mettre un terme ou d'empêcher ces atteintes – en d'autres termes, elles se comportent comme des témoins silencieux. L'entreprise peut ainsi garder le silence alors que des atteintes aux droits de l'homme sont commises au sein même ou à proximité du lieu où elle mène ses activités commerciales - par exemple, lorsque des employés de l'entreprise appartenant à un groupe ethnique particulier sont victimes de détentions arbitraires ou de tortures ou lorsqu'un groupe armé tue des civils dans une zone où opère l'entreprise. Il peut également arriver que les atteintes aient lieu dans une autre partie du pays tout en étant liées à l'entreprise d'une certaine manière ou qu'elles soient commises de manière généralisée dans tout le pays.

Aux termes des principes actuels relatifs au droit pénal et au droit civil, la simple présence d'une entreprise dans le pays ou dans une zone dans laquelle des atteintes graves aux droits de l'homme sont commises, ne suffit pas normalement, à elle seule, à engager la responsabilité de l'entreprise pour implication dans les atteintes aux droits de l'homme commises dans le pays ou dans cette région. Cependant, dans certaines situations, la présence et le silence d'un acteur ne sont pas considérés comme étant neutres au regard du droit. Bien qu'une tel cas de figure n'ait à ce jour pas encore fait l'objet d'un examen par un tribunal, le Comité considère qu'il pourrait exister des situations particulières dans lesquelles une entreprise ou ses employés exercent une influence, un poids et une autorité tels sur les auteurs principaux des crimes que leur présence silencieuse serait considérée par l'auteur principal comme un signe d'approbation et d'encouragement moral à commettre des atteintes graves aux droits de l'homme. Dans une telle situation, selon les circonstances, l'entreprise pourrait être tenue responsable de complicité par aide et assistance pour tous les crimes commis. Plus l'entreprise exerce une influence politique et économique importante, plus les dirigeants de l'entreprise courent le risque de se trouver dans une telle situation. En outre, au regard du droit de la

responsabilité civile, dans certaines situations le droit pourra considérer qu'une entreprise a une obligation de prendre des mesures proactives afin de protéger un individu, ou une catégorie d'acteurs, contre tout préjudice et le fait de ne pas avoir pris de telles mesures sera considéré comme l'une des causes du préjudice subi. Ce cas de figure sera d'autant plus probable lorsqu'il existe une relation étroite entre l'entreprise et l'autre acteur, par exemple dans le contexte d'un partenariat commercial ou dans une relation entre une société mère et une filiale. De même, une entreprise pourrait se retrouver dans une zone de risque juridique lorsqu'elle entretient une relation particulièrement étroite avec les victimes d'atteintes graves aux droits de l'homme ou lorsque l'entreprise ne fait rien pour intervenir, pour dénoncer ces crimes ou pour prendre des mesures de protection proactives.

Même en l'absence de préoccupations d'ordre juridique, la présence d'une entreprise dans un pays où des atteintes graves aux droits de l'homme sont commises peut soulever des dilemmes moraux pour les employés de l'entreprise, susciter une attitude négative dans l'opinion publique ou avoir des implications sur les parts de marché dont l'entreprise peut se prévaloir. Cependant, le droit ne sanctionne cette « présence » qu'à partir du moment où il existe un lien de causalité suffisant et direct entre cette présence et des atteintes aux droits de l'homme spécifiques (et que les critères relatifs à la connaissance ou la prévisibilité sont réunis) : c'est-à-dire s'il est possible de démontrer que le comportement de l'entreprise rend possible, aggrave ou facilite des atteintes aux droits de l'homme spécifiques.

Le fait de retirer un bénéfice économique

La question de la présence silencieuse d'une entreprise est étroitement liée aux allégations selon lesquelles des entreprises devraient être considérées comme complices parce qu'elles tirent un bénéfice économique de leur relation commerciale avec des acteurs qui commettent des atteintes graves aux droits de l'homme (tout en gardant généralement le silence sur ces atteintes). Il y a au moins deux situations dans lesquelles ce cas de figure peut survenir. Tout d'abord, une entreprise peut tirer profit de la vente ou de l'achat de biens ou de services à un acteur qui commet des atteintes graves aux droits de l'homme. En second lieu, une entreprise peut tirer des bénéfices commerciaux en profitant de l'environnement propice aux affaires qui a été instauré dans un pays donné par un autre acteur ce qui lui permet de mener des opérations lucratives dans ce pays. Par exemple, un gouvernement peut avoir commis des atteintes graves aux droits de l'homme afin de fournir l'infrastructure dont l'entreprise a besoin pour mener ses activités ou pour lui donner accès à des ressources.

Comme dans le cas de la présence d'une entreprise, le fait de retirer un bénéfice économique est, en lui-même, neutre du point de vue juridique. Une entreprise ne sera pas tenue *juridiquement* responsable du simple fait d'avoir effectué des transactions commerciales avec l'auteur d'une atteinte grave aux droits de l'homme, sauf si les circonstances entourant cette transaction impliquent en fait

que l'entreprise a rendu possible, aggravé ou facilité des atteintes aux droits de l'homme spécifiques.

Si la responsabilité juridique des entreprises ne saurait en général être engagée du simple fait d'avoir retiré un bénéfice économique dans un environnement commercial caractérisé par des atteintes aux droits de l'homme, en réalité, le « simple bénéfice économique passif » peut rapidement devenir une contribution plus active qui rend possible, aggrave ou facilite des atteintes graves aux droits de l'homme. Par exemple, si une entreprise, qui a l'intention de mener des opérations dans un pays, indique au gouvernement de ce pays que des activités syndicales ou des protestations incessantes menées par des populations locales contre son projet commercial constitueraient un obstacle majeur à son investissement dans ce pays, cela peut avoir des répercussions importantes sur les atteintes commises afin de supprimer ces obstacles. Dans d'autres cas, les entreprises peuvent avoir activement aidé un gouvernement à créer un environnement commercial dont elles tirent profit, à l'instar des entreprises opérant en Afrique du Sud qui ont aidé le gouvernement de ce pays à mettre en place le système d'apartheid, ce qui leur a permis d'avoir accès à une main-d'œuvre importante et bon marché.

Le paiement d'impôts

Des entreprises sont souvent accusées de soutenir des régimes répressifs, dans un pays donné, en payant des impôts locaux dans le cours ordinaire de leurs activités commerciales. Des groupes armés exigent parfois également que des entreprises leur versent des quasi-impôts. Par exemple, durant le conflit qui a prévalu pendant dix ans au Népal, la plupart des entreprises versaient régulièrement un « impôt » de 5 % au Parti communiste du Népal (maoïste) lorsqu'elles opéraient dans des parties du territoire contrôlées par les Maoïstes. Durant la guerre civile en Sierra Leone, le *Revolutionary United Front* (RUF, Front révolutionnaire uni) imposait un impôt à toutes les personnes qui pénétraient dans les parties du territoire sous son contrôle.

Là encore, dans beaucoup de cas, l'entreprise ne sera pas tenue juridiquement responsable d'atteintes graves aux droits de l'homme pour avoir versé un impôt générique aux acteurs ayant commis ces atteintes. Très souvent, le lien entre l'argent versé et les atteintes spécifiques aux droits de l'homme ne sera pas suffisant pour que la responsabilité de l'entreprise soit engagée. Cependant, le lien entre le comportement de l'entreprise et les atteintes aux droits de l'homme pourrait devenir plus tangible si, par exemple, l'entreprise verse un impôt spécial, tel qu'un « impôt de guerre » qui est utilisé directement par le gouvernement afin de financer des forces de sécurité déployées pour mener des opérations militaires dans le cadre desquelles des atteintes graves aux droits de l'homme sont notoirement commises. Le versement d'impôts pourra également faire l'objet d'un examen plus approfondi si le revenu généré par ceux-ci joue un rôle essentiel pour maintenir en place un régime qui commet systématiquement des atteintes graves aux droits de l'homme. Dans de telles situations, il peut en fait s'avérer que les entreprises menant des activités commerciales dans le pays sont devenues parties prenantes à un réseau

de soutiens et de contributions considérables qui rend possible, aggrave ou facilite la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme.

2.1.5 Moyens de défense et excuses fréquemment invoqués

En ce qui concerne les questions relatives à la causalité, le Panel a relevé un certain nombre de réponses usuelles qui sont parfois invoquées par des entreprises faisant l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme, et dont il convient, de prime abord, d'évaluer la pertinence juridique :

- **Nous menions une activité commerciale légitime.** Le fait qu'une entreprise mène des activités qui, dans d'autres circonstances, seraient considérées comme légitimes dans le cours ordinaire de ses activités commerciales (tel que le fait de fournir un prêt, de vendre ou d'acheter des biens, d'entreprendre des travaux de construction ou des activités d'extraction de ressources) ne saurait exonérer l'entreprise de sa responsabilité juridique si le lien de causalité requis avec l'atteinte grave aux droits de l'homme (ainsi que les critères relatifs à la connaissance ou à la prévisibilité) sont établis.
- **Si nous n'avions pas fourni cette assistance, une autre entreprise l'aurait fait et les atteintes auraient de toute façon été commises.** Le fait qu'une autre entreprise aurait collaboré avec l'auteur principal si l'entreprise en cause ne l'avait pas fait ne constitue pas un moyen de défense en matière de responsabilité pénale ou civile. En rendant possibles, en aggravant, ou en facilitant les atteintes graves aux droits de l'homme commises par l'auteur principal, l'entreprise peut s'être inscrite dans la chaîne de causalité et elle doit en assumer les conséquences.
- **Notre entreprise est localisée dans un autre pays, nous nous trouvons loin de la zone où les atteintes aux droits de l'homme ont été commises.** Il n'est pas nécessaire que l'entreprise ait une présence sur place ni même qu'elle se trouve à proximité du lieu où les atteintes aux droits de l'homme sont commises pour que sa responsabilité juridique soit engagée lorsqu'elle est présumée complice de telles atteintes. Particulièrement dans notre monde de technologies et de communication instantanée, il n'est pas nécessaire qu'une entreprise soit présente dans les lieux où des atteintes aux droits de l'homme sont commises pour que son comportement rende possible, aggrave ou facilite de telles atteintes.
- **Nous n'avons aucun contrôle ni influence sur les actions de l'auteur principal, alors pourquoi devrions-nous être accusés de ce qui s'est passé ?** Le fait de déterminer si le comportement d'une entreprise a rendu possible, aggravé ou facilité les atteintes graves aux droits de l'homme sera toujours une question de fait. Comme il sera analysé dans la Partie 2.3 (relative à la proximité), lorsqu'une entreprise exerce un contrôle ou une influence effective sur un acteur qui commet des atteintes graves aux droits de l'homme,

son comportement fera l'objet d'un examen plus approfondi de façon à évaluer l'impact. Cependant, la responsabilité juridique d'une entreprise peut être engagée en droit pénal ou en droit civil pour le fait d'avoir fourni à une tierce partie les moyens de commettre des atteintes graves aux droits de l'homme dans le cadre de transactions commerciales menées à distance et en l'absence de relations personnelles étroites ou d'influence politique ou économique particulière.

- **Nous ne faisons que respecter les lois nationales.** Dans certains cas, le comportement présumé complice d'une entreprise n'est pas illégal ou ne saurait fonder une action en justice dans le pays dans lequel elle opérait. Cependant, lorsque des représentants d'une entreprise commettent des atteintes graves aux droits de l'homme, qui sont constitutives de crimes au regard du droit international, ils peuvent être arrêtés et faire l'objet de poursuites pénales dans de nombreux pays, autres que celui dans lequel le crime a été commis. Au regard du droit de la responsabilité civile, les obstacles s'opposant à ce que l'on puisse introduire une action en justice à l'encontre d'entreprises dans des pays autres que celui dans lequel le préjudice a été causé sont progressivement levés, et il devient de plus en plus possible de faire en sorte que les actions commises par une entreprise dans un pays donné fassent l'objet d'une action en responsabilité civile dans le pays dans lequel l'entreprise est domiciliée ou avec lequel elle entretient d'autres liens.
- **Nous n'avions pas le choix, nous avons été contraints de fournir cette assistance.** En droit pénal, il peut y avoir des circonstances limitées dans lesquelles un accusé peut invoquer l'excuse de contrainte ou de nécessité. Des moyens de défense similaires peuvent également être pertinents dans le cadre du droit de la responsabilité civile. Même s'il y a des différences entre les divers systèmes juridiques, de façon générale les employés d'une entreprise auraient à démontrer qu'ils faisaient l'objet d'une menace de mort ou d'atteintes graves à leur intégrité physique en cas de refus d'obéir à un ordre leur intimant d'aider à commettre des atteintes aux droits de l'homme. Par exemple, un groupe rebelle pourrait contraindre des employés d'une entreprise, en les menaçant de mort, de fournir de l'essence, des camions et d'autres matériaux pour permettre au groupe d'attaquer un village. Mais les employés de l'entreprise ne pourraient pas invoquer ce moyen de défense si la menace visait la propriété de l'entreprise ou ses profits ou s'ils sont allés plus loin que ce qui leur était exigé, par exemple en fournissant également des armes ou des informations quant aux moyens d'éviter les forces gouvernementales.
- **La responsabilité juridique de l'auteur principal de l'atteinte aux droits de l'homme n'a pas été engagée, alors pourquoi la nôtre devrait-elle l'être ?** Il n'est pas nécessaire, ni en droit pénal ni en droit de la responsabilité civile, que la responsabilité juridique de l'auteur principal soit engagée pour qu'un

acteur secondaire puisse être poursuivi ou assigné en justice. En fait, étant donnée la difficulté d'engager la responsabilité juridique de gouvernements ou de groupes armés pour des atteintes graves aux droits de l'homme, dans la plupart des cas où une entreprise est accusée de complicité dans ces atteintes, celle-ci pourra être poursuivie ou assignée en justice indépendamment de l'auteur principal.

- **Nous sommes une entreprise socialement responsable et nous avons consacré beaucoup d'argent à l'amélioration de la situation humanitaire et au développement des populations locales.** Les entreprises opérant dans des environnements complexes soutiennent souvent que leur implication dans la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme est largement compensée par les bénéfices que l'entreprise apporte aux populations locales : en créant des emplois, en générant du commerce et en contribuant financièrement à des projets humanitaires et de développement. D'un point de vue juridique, cependant, de telles bonnes actions n'ont aucune pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si la responsabilité juridique d'une entreprise devrait être engagée pour d'autres comportements qui ont rendu possibles, aggravé ou facilité des atteintes graves aux droits de l'homme. Dans le meilleur des cas, le bilan plus général et bénéfique de l'entreprise sera parfois pris en compte en tant que circonstance atténuante lorsque le tribunal fixera les sanctions ou l'étendue et le type de recours ou de réparations auxquels la victime a droit.

2.2 Connaissance et prévisibilité du risque

Pour engager la responsabilité juridique d'une entreprise du fait d'atteintes graves aux droits de l'homme, il est nécessaire de montrer que cette entreprise, outre le fait d'avoir aidé à causer ces atteintes, disposait de l'état psychologique requis. Cela soulève des questions au regard de l'intention, de la connaissance, ou de la prévisibilité du risque, qui, comme cela sera examiné plus en détail dans les Volumes 2 et 3, font l'objet d'un traitement différent en droit pénal et en droit de la responsabilité civile.

Les entreprises soutiennent souvent qu'elles n'ont jamais voulu ni souhaité contribuer à la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme et qu'elles ne savaient pas que leur comportement s'assimilerait à une telle contribution. Cependant, le fait qu'une entreprise n'ait ni voulu ni souhaité contribuer à des atteintes graves aux droits de l'homme n'a aucune pertinence au regard de la question de savoir si, en adoptant un type de comportement donné, elle s'est rendue complice de telles atteintes et s'est, par conséquent, placée dans une zone de risque juridique. De façon générale, ni le droit de la responsabilité civile, analysé dans le Volume 3, ni les fondements des poursuites pénales analysées dans le Volume 2, n'exigent que l'entreprise ait eu la volonté de causer un préjudice lorsqu'il s'agit de déterminer si l'entreprise disposait de l'élément psychologique requis pour que sa responsabilité

juridique soit engagée. Que ce soit en droit pénal ou en droit civil, la responsabilité juridique peut être engagée lorsqu'une entreprise a cherché activement à contribuer à des atteintes graves aux droits de l'homme ou simplement lorsqu'elle savait que son mode de comportement risquerait probablement de contribuer à de telles atteintes et que, même si elle ne souhaitait pas que de telles atteintes soient commises, elle a malgré tout adopté cette conduite.

En outre, comme il est analysé dans le Volume 3, en droit de la responsabilité civile, la responsabilité peut être engagée même lorsque l'entreprise n'avait pas connaissance du risque de préjudice, dans la mesure où le droit peut considérer qu'elle aurait dû avoir une telle connaissance, car le risque était raisonnablement prévisible. Par ailleurs, comme cela est souligné dans le Volume 2, un tribunal pénal ne considèrera pas comme recevable, en tant que tel, l'argument invoqué par une entreprise selon lequel elle n'avait pas connaissance de ces atteintes. Si le droit pénal international et les législations pénales nationales exigent souvent que l'entreprise ait eu effectivement connaissance des conséquences possibles de ses actions, même si une entreprise soutient qu'elle ne savait pas, un tribunal pourra déduire ou inférer des circonstances que l'entreprise disposait en réalité d'une telle connaissance.

Par conséquent, le Comité considère que dans le monde actuel, au vu de l'évolution constante des processus de communication, des sources d'information et de l'expertise qui continuent de se développer, de s'accroître et de se multiplier, une entreprise, qui souhaiterait éviter de voir sa responsabilité engagée, devrait prendre des mesures pour évaluer régulièrement et soigneusement les répercussions que son comportement peut potentiellement avoir sur les droits de l'homme et s'informer sur les risques – en se donnant, par ce biais, la possibilité de modifier sa conduite.

2.2.1 L'entreprise a la volonté de participer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme

Lorsqu'une entreprise partage avec l'auteur principal la volonté ou le désir de commettre au moins certaines des atteintes graves aux droits de l'homme qui ont été perpétrées, l'auteur principal comme l'entreprise peuvent, en tous les cas, être tenus responsables aussi bien au regard du droit pénal que du droit de la responsabilité civile (à condition que les critères de la causalité soient remplis).

Si la contribution apportée par l'entreprise à l'atteinte grave aux droits de l'homme s'avère suffisante, le droit pénal peut considérer les dirigeants de l'entreprise comme des auteurs principaux, responsables de crimes de violence, tels que le meurtre. Lorsque l'entreprise participe avec d'autres à la perpétration du crime, le droit pénal s'attache davantage à l'intention criminelle commune de l'entreprise en mettant moins l'accent sur le degré de sa contribution dans l'exécution du plan. Au regard du droit pénal international et de la plupart des systèmes pénaux nationaux, chacun des membres d'un groupe qui se réunit avec l'intention de mettre en œuvre

un plan criminel, peut être tenu responsable des crimes prévisibles qui ont été commis par d'autres dans le cadre de ce plan commun, même si un individu donné n'a, en pratique, apporté qu'une contribution mineure et n'était pas conscient du fait que les autres membres du groupe allaient commettre les autres infractions.

Même si elles sont souvent considérées comme étant rares, des situations de ce genre peuvent malheureusement surgir, particulièrement lorsqu'une entreprise partage un intérêt commercial commun avec un gouvernement ou un groupe armé et que les bénéfices potentiels sont importants. Par exemple, les dirigeants d'une entreprise peuvent partager avec le gouvernement le désir de réprimer et d'expulser par la force et illégalement une communauté locale qui entrave un projet commercial de grande ampleur. Un accord peut avoir été conclu visant à faire en sorte que les forces de sécurité gouvernementales, connues pour leur recours excessif à la force, se rendent dans cette zone en utilisant des hélicoptères de l'entreprise afin d'intimider les chefs de cette communauté. Aussi bien l'entreprise que les responsables des autorités gouvernementales peuvent voir leur responsabilité juridique engagée si les forces de sécurité procèdent, dans l'exécution de ce plan, à des détentions arbitraires ou ont recours à la torture et à des exécutions extrajudiciaires de chefs de cette communauté et ce, même si les méthodes employées ne faisaient pas explicitement partie du plan. Les compagnies de sécurité recrutées pour procéder à l'interrogatoire de détenus dans des centres de détention où le gouvernement utilise et autorise le recours à la torture comme technique d'interrogatoire, peuvent partager avec le gouvernement la volonté d'employer de telles méthodes, peu importe qu'elles aient considéré que ces méthodes étaient ou non acceptables.

2.2.2 L'entreprise sait, ou aurait dû savoir, que son comportement risquait probablement de contribuer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme

Même lorsqu'une entreprise ne souhaite pas contribuer activement à des atteintes graves aux droits de l'homme, sa responsabilité juridique peut tout de même être engagée si elle savait, ou aurait dû savoir, que son comportement risquait probablement d'aider à causer de telles atteintes.

Au regard du droit de la responsabilité civile, pour déterminer si une entreprise peut être tenue juridiquement responsable, les tribunaux des pays de *common law* comme ceux de droit civil, se demanderont si une personne raisonnable, placée dans la même situation que l'entreprise et disposant des informations raisonnablement accessibles à l'époque des faits, aurait su qu'il y avait un risque que ses actions portent préjudice à une personne. Cela signifie que le tribunal examinera à la fois ce que l'entreprise savait elle-même, et ce qu'une entreprise raisonnable dans la même situation aurait su quant au risque qu'un préjudice soit causé. En droit civil, l'expression de « personne raisonnable » ne renvoie pas à un homme ordinaire mais à un membre responsable et prudent de la société. En ce sens, le fait qu'une entreprise n'ait pas su qu'il y avait un risque qu'un préjudice soit causé n'aura aucune

incidence en droit de la responsabilité civile, dans la mesure où le droit considèrera généralement qu'en fait, elle aurait dû être consciente de ce risque. Pour déterminer ce qu'une personne raisonnable aurait su dans ces circonstances, le tribunal prendra en compte un certain nombre de facteurs, notamment les meilleures pratiques en termes de diligence raisonnable et d'évaluation des risques.

Le droit pénal international et national est souvent plus strict en exigeant que soit fournie la preuve que les dirigeants de l'entreprise savaient effectivement que leur comportement aiderait l'auteur principal à commettre le crime. Un tribunal pénal exigera souvent des éléments de preuve montrant que les dirigeants de l'entreprise étaient effectivement *conscients* des conséquences qu'auraient leurs actions. Dans de nombreux cas, il ne suffira pas de se contenter de montrer ce qu'une personne raisonnable aurait su dans les mêmes conditions.

Dans de tels cas, en l'absence d'aveux explicites, la connaissance d'une entreprise ou de ses employés doit faire l'objet d'un examen par un tribunal pénal. Aucun tribunal n'admettra, en tant que tel, l'argument du « Nous ne savions pas ». Au contraire, il va mener sa propre enquête et son analyse, au vu des faits, pour déterminer si l'on peut inférer une connaissance subjective de l'entreprise à partir des faits et des circonstances de l'affaire en question. Friedrich Flick, un industriel allemand, a été condamné après la Seconde Guerre mondiale pour avoir fait don de larges sommes d'argent à la direction des S.S., ce qui a aidé les S.S. à commettre des actes criminels. Le Tribunal a estimé que, bien que le caractère criminel des S.S. était peu connu au moment où Flick a commencé à se rendre à des dîners de collecte de fonds dans les années 1930, ses contributions et son soutien ont continué bien après que le caractère criminel des S.S. soit devenu notoirement connu. Le cas de Bruno Tesch est un autre exemple. Ce dernier a été condamné pour avoir fourni du gaz toxique au camp de concentration nazi d'Auschwitz. Cette condamnation n'a pas uniquement résulté des éléments de preuve montrant qu'il avait fourni des conseils au gouvernement allemand quant à des manières plus efficaces de former les S.S. au meurtre des prisonniers des camps de concentration. Ce verdict s'est également fondé sur les déductions que le Tribunal a été amené à établir sur la base de faits montrant qu'il fournissait des quantités de plus en plus importantes de gaz aux camps, allant bien au-delà de leur utilisation légitime pour l'extermination d'animaux parasites. La leçon à en tirer est que les employés d'une entreprise ne sauraient échapper à leur responsabilité pénale même s'ils nient fermement avoir eu connaissance des conséquences de leur comportement, si les faits objectifs démontrent le contraire.

Pour que la responsabilité d'une entreprise soit engagée, il n'est pas nécessaire qu'elle ait, ou doive avoir eu, connaissance de l'ensemble des atteintes graves aux droits de l'homme auxquelles elle a contribué – il suffit que certaines de ces atteintes aient été connues. Au regard du droit pénal international, il n'est pas nécessaire que l'entreprise connaisse le crime précis que l'auteur principal est en train de commettre, dès lors que l'entreprise sait qu'elle contribue à l'une des

catégories de crimes qui sont en train d'être commis. Au regard du droit de la responsabilité civile, l'entreprise sera tenue responsable d'un préjudice qui est une conséquence raisonnablement prévisible de son comportement. Par exemple, si une entreprise fournit des informations à des forces de sécurité, qui permettent à celles-ci de torturer et de procéder à des disparitions forcées de syndicalistes travaillant au sein de l'entreprise, d'un point de vue juridique, il suffirait que la perpétration de violences et de blessures physiques ait été raisonnablement prévisible, même s'il n'était pas évident au moment des faits que les forces de sécurité allaient précisément infliger des tortures ou procéder à des disparitions forcées de syndicalistes.

2.2.3 Éléments de preuve de la connaissance et de la prévisibilité

Il apparaît clairement, par conséquent, que les débats internes et la connaissance des employés d'une entreprise, aussi bien que les circonstances environnantes objectives, constituent les uns comme les autres des éléments pertinents pour déterminer si une entreprise savait, ou aurait dû savoir, que des atteintes graves aux droits de l'homme résulteraient de ses actions. Il y a un certain nombre de circonstances et de facteurs objectifs qui permettront à un tribunal de déterminer ce qu'une entreprise savait ou aurait dû savoir.

1. **Les enquêtes menées par l'entreprise fournissent des informations ou l'entreprise aurait dû mener de telles enquêtes.** Parfois, des enquêtes menées par ou pour le compte d'une entreprise vont indiquer qu'il y a une possibilité réelle qu'un autre acteur, avec lequel l'entreprise a des relations, est en train de commettre, ou va probablement commettre, des atteintes graves aux droits de l'homme. Comme il a été mentionné supra, et comme il est analysé dans le Volume 3, même lorsqu'une entreprise ne mène pas de telles enquêtes et soutient qu'elle n'avait aucune connaissance de ce que des atteintes risquaient d'être commises, des tribunaux civils vont souvent estimer qu'une entreprise raisonnable aurait entrepris de telles enquêtes, identifié les risques potentiels et pris, en conséquence, les mesures nécessaires pour minimiser de tels risques.
2. **Des informations ont été portées à l'attention de l'entreprise.** Une source externe, telle qu'une organisation non gouvernementale, des populations locales ou une autorité de régulation gouvernementale, peuvent avoir porté à l'attention de l'entreprise le fait que ses activités commerciales pouvaient contribuer à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme ou lui avoir fait savoir que l'acteur avec lequel elle entretient une relation a commis, dans le passé, des atteintes graves aux droits de l'homme similaires dans des circonstances similaires.
3. **Des informations sont publiquement disponibles.** Il existe souvent un grand nombre d'informations publiquement disponibles que les entreprises peuvent et devraient consulter quant au bilan en matière de droits de l'homme de ceux qui sont au pouvoir dans les zones dans lesquelles

elles opèrent ou envisagent d'opérer et quant aux risques d'effectuer des transactions commerciales avec certains organes gouvernementaux, des groupes d'opposition armés ou d'autres entreprises. Ces sources peuvent inclure des rapports d'experts produits par des organes des Nations unies, des informations de première main publiées par des médias ou des rapports d'organisations non gouvernementales. La quantité d'informations est parfois si importante et généralisée qu'il serait impossible de croire une entreprise menant des opérations commerciales normales lorsque celle-ci prétend qu'elle ne savait pas comment certains produits, certains fonds ou une assistance spécifique seraient utilisés. Un tribunal pourra estimer qu'une entreprise avait connaissance (ou qu'une entreprise prudente aurait eu connaissance) de ce type d'informations publiquement disponibles.

- 4. Circonstances inhabituelles.** Il peut y avoir un élément ou des circonstances inhabituels entourant une transaction commerciale par ailleurs normale, et qui pourraient susciter la méfiance d'une personne raisonnable quant au but de cette transaction. Sur la base de ces éléments inhabituels, il est possible également d'inférer qu'une entreprise connaissait l'objectif qui incitait l'autre partie à s'engager dans cette transaction et était consciente des conséquences qui s'ensuivraient si elle remplissait les obligations lui incombant aux termes de cet accord. Par exemple, un client pourrait commander une quantité si extraordinairement élevée d'un produit donné, comme des produits chimiques, qu'en toute probabilité ce produit ne pourrait être utilisé pour autre chose que pour des activités illégales.
- 5. Durée de la relation commerciale.** Plus la relation entretenue entre l'entreprise et l'auteur principal est longue - par exemple si l'entreprise vend à celui-ci, à plusieurs reprises, des produits utilisés pour commettre des atteintes graves aux droits de l'homme - plus un tribunal sera enclin à considérer que l'entreprise devait connaître, ou aurait dû connaître, les conséquences probables de son comportement.
- 6. Position d'un employé dans l'entreprise.** Un tribunal pourrait inférer la connaissance d'un employé en fonction de la position qu'il occupe au sein de l'entreprise. Ce sera particulièrement le cas si cet employé était, par exemple, membre de conseils ou de comités exécutifs. La position d'un dirigeant peut également être pertinente s'il est amené à superviser le travail d'employés ou de contractuels, à leur donner des instructions ou à recevoir des informations de ces derniers. Cette relation est d'autant plus pertinente que les employés ou contractuels se rapprochent des atteintes graves aux droits de l'homme qui ont été commises.

Tous les signes avant-coureurs décrits supra devraient conduire une entreprise prudente à prendre des mesures pour s'assurer qu'elle ne rend pas possible, n'aggrave pas ou ne facilite pas des atteintes graves aux droits de l'homme. Une

entreprise prudente mènerait une enquête et une évaluation et mettrait en place des procédures préventives en fonction des évaluations qu'elle a menées.

2.2.4 Ignorance délibérée : connaissance et prévisibilité dans un monde globalisé

Que se passe-t-il si une entreprise ne mène pas des enquêtes et des évaluations avec la diligence requise, peut-être pour éviter d'en savoir trop – ou de savoir quoi que ce soit – quant à l'objectif final pour lequel un autre acteur requiert son assistance ou souhaite effectuer une transaction commerciale avec elle ? Une entreprise pourrait-elle mieux éviter de voir sa responsabilité engagée si elle fait en sorte de ne rien savoir, si elle reste délibérément ignorante, en ne s'informant pas trop sur la façon dont les produits vendus ou les fonds fournis seront utilisés ? Le Comité souligne le fait que le droit condamnera une telle stratégie et qu'au contraire, au lieu de minimiser le risque de voir sa responsabilité engagée, cette approche augmentera le danger pour une entreprise de se retrouver dans une zone de risque juridique. Par conséquent, le Comité considère qu'aucune entreprise prudente ne devrait chercher à s'exonérer de sa responsabilité juridique en recourant, face à certains risques, à l'attitude du « Ne demandez pas, n'en parlez pas ».

Il semble clair que le droit de la responsabilité civile considère qu'une telle stratégie est inacceptable. Dès lors qu'un acteur prudent placé dans la même position que l'entreprise aurait évalué les risques, la connaissance que l'entreprise elle-même avait ou n'avait pas quant à ces risques - que cette ignorance soit ou non délibérée - n'aura aucune incidence. En établissant ce qu'une entreprise aurait dû savoir, le droit de la responsabilité civile considèrera souvent que le degré de connaissance d'une entreprise raisonnable aurait été fondé sur la diligence requise et en particulier sur une évaluation des risques. Dans son examen de ce que l'entreprise aurait dû savoir, le droit inclura les informations dont l'entreprise aurait dû disposer en procédant à une telle évaluation.

Bien que, dans de nombreux cas, un tribunal pénal irait plus loin, en examinant si une entreprise disposait effectivement d'une connaissance suffisante quant au fait que son comportement contribuerait à une ou plusieurs atteintes graves aux droits de l'homme, néanmoins, le Comité estime qu'un tribunal pénal sera souvent en mesure de déduire des circonstances environnantes qu'une entreprise savait en fait que son comportement rendait possible, aggravait ou facilitait des atteintes graves aux droits de l'homme. Étant donné qu'il y a moins de moyens de se dérober et qu'il est plus difficile de soutenir l'argument selon lequel « Nous ne savions pas », une entreprise prudente devrait éviter d'ériger des parois artificielles d'ignorance délibérée entre elle-même et les conséquences de ses actions.

2.3 Proximité : son impact sur la causalité et la connaissance ou la prévisibilité

Les deux parties précédentes se sont interrogées sur le degré d'implication d'une entreprise à des atteintes aux droits de l'homme (causalité) et sur le degré de connaissance qu'elle doit avoir quant aux conséquences de son comportement (connaissance et prévisibilité) qui sont requis pour que sa responsabilité juridique soit engagée en droit pénal et/ou en droit de la responsabilité civile. En filigrane, dans cette analyse, se trouve l'idée selon laquelle plus l'entreprise est proche – ou à proximité – en termes de temps, d'espace et d'interactions de ceux qui commettent les atteintes aux droits de l'homme, ou de ceux qui souffrent de telles atteintes, plus il sera probable que la responsabilité juridique de l'entreprise soit engagée en cas de complicité. Cette partie analyse ce que le Comité entend par « proximité ». Comme il est analysé dans le Volume 3, les termes de « proximité » ou « proche » ont un sens juridique technique en droit de la responsabilité civile. Cependant, le Comité n'emploie pas le terme de « proximité » dans cette signification, mais l'utilise plutôt dans un sens non juridique pour évoquer un rapport plus ou moins proche.

Les entreprises sont souvent exhortées à soutenir et à respecter les droits de l'homme au sein de leur « sphère d'influence ». Ce concept de « sphère d'influence » demeure encore assez flou. Il partage avec celui de proximité l'idée d'un rapport plus ou moins proche et peut être utile pour encourager les entreprises non seulement à « ne pas faire de mal » à ceux dont elles sont le plus proches (y compris en évitant de se rendre complices de ces actes), mais également à promouvoir les droits de l'homme de manière proactive à l'égard de ceux qui se situent dans les cercles concentriques de son influence. Cependant, aux fins d'analyser les cas dans lesquels la responsabilité pour complicité peut être engagée, le Comité a employé le concept distinct, plus large et plus évocateur de « proximité », dont le contenu reflète plus précisément des raisonnements juridiques existants.

Il paraît logique que le degré de proximité existant entre, d'une part, une entreprise et, d'autre part, l'auteur principal ou les victimes, ou encore avec les préjudices subis par les victimes est extrêmement pertinent pour établir la responsabilité juridique. En premier lieu, plus l'entreprise est proche, plus il sera probable qu'elle dispose du pouvoir, de l'influence, de l'autorité et des capacités nécessaires pour influencer de manière tangible sur le comportement de l'auteur principal. Par conséquent, il sera d'autant plus probable que la responsabilité juridique de l'entreprise sera engagée. Par ailleurs, il est plus probable que l'entreprise saura ou aurait pu prévoir ce qui se passait réellement.

Par exemple, en droit pénal, plus la relation entre le complice et l'auteur principal est étroite, moins une entreprise ou un dirigeant d'entreprise accusés de complicité par aide et assistance pourront soutenir qu'ils ne connaissaient pas les conséquences de l'assistance qui était fournie en pratique à l'auteur principal.

En droit de la responsabilité civile, plus la relation entre l'entreprise et la personne ayant subi un préjudice est proche, plus le droit va estimer que l'entreprise aurait dû prévoir le risque que son comportement porterait préjudice à cette personne, et plus les exigences pesant sur l'entreprise pour éviter ou limiter ce préjudice seront importantes. Ces exigences peuvent inclure l'obligation de prendre des mesures pour éviter qu'un préjudice ne soit causé ou impliquer, en fonction du degré de proximité de la relation, un devoir de protection à l'égard de cette personne contre tout préjudice, en prenant des mesures positives de protection. En l'absence de rapport de proximité, les tribunaux peuvent parfois estimer que le comportement de l'entreprise qui semble s'inscrire dans la chaîne d'événements ayant conduit au préjudice est trop éloigné dans la chaîne - trop distant ou loin du préjudice – pour qu'une personne raisonnable ait pu le prévoir.

Éléments de preuve de la proximité

Certains des facteurs pouvant être pris en compte pour évaluer le degré de proximité entre l'entreprise et les auteurs principaux et/ou les victimes et le préjudice causé peuvent inclure :

- 1. La proximité géographique.** Une entreprise peut avoir une meilleure connaissance et davantage la possibilité d'influer sur les événements si les atteintes aux droits de l'homme sont commises dans le lieu même où sont situées les activités de l'entreprise ou à proximité de celui-ci. Le fait de côtoyer quotidiennement des auteurs d'atteintes aux droits de l'homme, ou les victimes de ces atteintes, implique que l'entreprise aura davantage la possibilité d'être consciente du lien qui pourrait exister entre son comportement et les atteintes commises par ces acteurs.
- 2. Relations économiques et politiques.** En pratique, plus une entreprise occupe une position économique dominante sur un marché, plus elle a accès aux allées du pouvoir et à des informations de première main et plus elle a la possibilité d'influer sur les actions de parties tierces qui se trouvent placées en position de dépendance au sein de cette relation commerciale.
- 3. Relations juridiques.** Une entreprise peut exercer un contrôle, avoir une influence et une connaissance considérables du fait de la nature juridique de la relation commerciale qu'elle entretient avec une partie tierce qui viole des droits. Une coentreprise ou tout partenariat stratégique à long terme peuvent impliquer un processus de décision conjoint et une coordination étroite entre les parties. En dépit de la fiction selon laquelle chaque personne morale constitue une entité juridique séparée, la relation entre une société mère et une filiale, ou la composition mixte des conseils d'administration réunissant différentes entreprises participant à des ententes commerciales sur le long terme peuvent parfois générer une proximité qui favorise une connaissance partagée et accroît les capacités d'influence.

4. Intensité, durée et nature des relations. La qualité d'une relation, le caractère ouvert, la proximité, la fréquence et la durée des contacts et des discussions informels ou personnels peuvent également être des éléments prouvant le degré de proximité entre une entreprise et les auteurs ou les victimes.

Il y a un grand nombre de degrés complexes d'interactions entre, d'une part, une entreprise et, d'autre part, le gouvernement de son pays, un État hôte, des groupes armés ou d'autres acteurs. Le lien ou la proximité avec un acteur qui enfreint des droits peut parfois être tenu car l'entreprise est dans une position économiquement faible par rapport à cet acteur, ou parce qu'elle s'est engagée dans une transaction brève et ponctuelle, ou bien encore parce qu'elle a une présence sur le long terme mais marginale dans un pays donné. Mais il peut parfois y avoir un tissu complexe d'interactions personnelles, économiques, juridiques et/ou politiques qui engendrent un certain degré de proximité et qui peuvent (si les exigences en matière de causalité et d'état psychologique sont remplies) placer clairement l'entreprise dans une zone de risque juridique dans les cas où l'acteur en cause commet des atteintes graves aux droits de l'homme.

Le Comité estime qu'une entreprise prudente devrait être consciente du fait que plus elle est proche de l'auteur principal d'atteintes graves aux droits de l'homme ou de victimes de ces atteintes, plus elle risquera d'être l'objet d'allégations de complicité, et plus elle risquera d'entrer dans une zone de risque juridique en ce que son comportement pourra avoir rendu possible, aggravé ou facilité ces atteintes. En outre, le droit aura plus probablement tendance à estimer que l'entreprise avait, ou aurait dû avoir, connaissance de ces atteintes. Le Comité considère qu'une entreprise prudente prendrait des mesures pour évaluer les risques qu'engendrent de telles relations complexes avant de s'y engager, en se donnant ainsi la possibilité de prendre les mesures de précaution nécessaires.

3 Analyser des situations dans lesquelles des entreprises font fréquemment l'objet d'allégations de complicité

Dans les pages suivantes, le Comité examine en particulier l'application des trois principes de causalité, connaissance et proximité dans quatre situations spécifiques dans lesquelles des entreprises font fréquemment l'objet d'allégations de complicité dans la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme : (1) lorsque des entreprises fournissent des biens et des services qui sont utilisés par un autre acteur pour commettre des atteintes graves aux droits de l'homme ; (2) lorsque des entreprises font appel à des fournisseurs de sécurité qui commettent, dans l'accomplissement de leur mission, des atteintes graves aux droits de l'homme ; (3) lorsque des entreprises s'approvisionnent auprès d'un fournisseur qui, dans le cadre de la production et de la fourniture de ces biens, commet des atteintes graves aux droits de l'homme ; et (4) lorsque le partenaire commercial d'une entreprise commet des atteintes graves aux droits de l'homme dans le cadre d'un projet auquel les deux acteurs participent conjointement. Ces types de situations sont analysées plus en détail, dans les Volumes 2 et 3, au regard des limites posées respectivement par le droit pénal et par le droit de la responsabilité civile.

Le Comité souhaiterait souligner que les analyses des paragraphes suivants ne visent pas à l'exhaustivité. Il existe un grand nombre de situations et de contextes qui ne sont pas traités ici, dans lesquels des allégations de complicité peuvent surgir et, en effet, même dans les quatre relations commerciales analysées infra, il peut y avoir de nombreux contextes et situations potentiels dont le Comité ne traite pas.

3.1 La fourniture de biens et de services

Les entreprises font souvent l'objet d'allégations de complicité lorsqu'elles fournissent des biens ou des services comme des véhicules, des armes, des équipements technologiques et de communication, une assistance financière, ou des services logistiques, à des acteurs qui les utilisent pour commettre des atteintes graves aux droits de l'homme.

Biens et services conçus sur mesure

Les allégations de complicité découlent parfois du fait qu'une entreprise a conçu des biens ou des services particuliers pour un usage spécifique.

Le Comité considère que, dans de telles situations, si ces biens ou ces services sont utilisés pour commettre des atteintes graves aux droits de l'homme, une entreprise peut se trouver dans une zone de risque juridique au regard du droit pénal et/ou du droit civil. En concevant des biens ou des services sur mesure ou en les adaptant, et en les fournissant à l'acteur en cause, le comportement de l'entreprise peut

être un facteur causal dans la perpétration d'atteintes aux droits de l'homme. Par exemple, des biens ou des services particuliers qui ont été spécifiquement adaptés aux besoins d'un client peuvent permettre à celui-ci de commettre des atteintes aux droits de l'homme (l'entreprise les a alors rendus possibles), de causer des dommages plus importants, ou qui affectent un plus grand nombre d'individus (l'entreprise les a alors aggravées) ou encore de commettre des atteintes de manière plus efficace ou différemment (l'entreprise les a alors facilitées).

Le Comité considère également que les tribunaux seront souvent enclins à estimer qu'une entreprise qui conçoit des biens et des services spécifiquement adaptés aux besoins d'un client donné, devait savoir, ou au minimum aurait dû savoir, à quelle fin ces biens ou ces services allaient être utilisés. Par exemple, une entreprise d'informatique pourrait, à la demande d'un client, modifier un logiciel informatique générique. Afin de pouvoir répondre aux besoins du client, elle aura besoin de savoir à quelle fin le logiciel sera utilisé. Si l'objectif de l'adaptation du produit est de permettre à un gouvernement de pouvoir localiser et cibler un groupe minoritaire à des fins de discrimination systématique, voire d'élimination, l'entreprise qui fournit ce logiciel et l'adapte à ces fins peut se trouver dans une zone de risque juridique.

Biens et services génériques

Le Comité estime également que même lorsque les biens ou les services ne sont pas conçus sur mesure ou adaptés spécifiquement, si une entreprise fournit à de nombreux clients des biens ou des services génériques, il peut tout de même y avoir des situations où une entreprise peut se trouver dans une zone de risque juridique si elle les fournit à un acteur qui les utilise afin de commettre des atteintes graves aux droits de l'homme. Bien que la situation d'une entreprise qui fournit des biens et des services génériques soit différente de celle d'une entreprise qui livre des biens adaptés spécifiquement aux besoins d'un client donné, le Comité considère qu'il peut y avoir des situations dans lesquelles le fournisseur de biens ou de services génériques peut voir sa responsabilité engagée.

Il arrive parfois que même si la fourniture de biens ou de services constitue un facteur intrinsèque dans la chaîne de causalité, les tribunaux pénaux ou civils hésitent à engager la responsabilité juridique d'une entreprise dans une telle situation, dans la mesure où l'utilisation détournée de leurs biens ou services génériques est considérée comme échappant à leur contrôle. Le Comité considère cependant que cette réticence va et devrait être considérablement atténuée lorsqu'il existe des éléments de preuve montrant que l'entreprise avait connaissance de la probabilité que ses biens ou services seraient utilisés pour commettre des atteintes graves aux droits de l'homme.

En outre, les tribunaux peuvent être amenés à examiner de manière plus approfondie les situations dans lesquelles il existe des facteurs qui auraient conduit une entreprise prudente à poser des questions, comme par exemple lorsque la transaction se déroule dans des circonstances inhabituelles, lorsque les pratiques du client

sont connues ou encore lorsque l'entreprise vend des biens qui sont par nature dangereux, à l'instar d'armes, de munitions ou de certains produits chimiques. Un tribunal pourra également examiner plus en profondeur les situations dans lesquelles les produits en question peuvent être utilisés à des fins aussi bien légales qu'illégales : il s'agit des biens dits à double usage. Par exemple, un tribunal militaire britannique a condamné pour crimes de guerre Bruno Tesch, le propriétaire d'une entreprise, pour avoir sciemment fourni du gaz toxique *Zyklon B* au camp d'Auschwitz où les S.S. l'ont utilisé pour tuer des prisonniers. Bien que le *Zyklon B* était un insecticide à usage répandu, Bruno Tesch a été tenu responsable car le Tribunal a estimé que celui-ci a continué à fournir des quantités de plus en plus importantes, y compris après qu'il eut découvert que ce gaz était utilisé pour tuer des individus (voir le Volume 2).

Le Comité considère que la question de la proximité va également jouer un rôle-clé dans des situations impliquant la fourniture de biens ou de services génériques. Lorsqu'il y a une relation de proximité entre, d'une part, l'entreprise et, d'autre part, le client ou les victimes des atteintes graves aux droits de l'homme, le Comité estime que les tribunaux auront davantage tendance à considérer que l'entreprise avait, ou aurait dû avoir, connaissance des risques que ses produits soient utilisés à une certaine fin.

3.2 Le fait d'assurer la sécurité des activités d'une entreprise

Même s'il est légitime que les entreprises veillent à la sécurité de leurs employés et de leurs activités, des entités commerciales ont, à plusieurs reprises, fait l'objet d'allégations de complicité dans des atteintes graves aux droits de l'homme lorsque ces entreprises ont employé les services de forces de sécurité privées ou étatiques qui ont commis, dans le cadre de leur mission, des atteintes graves aux droits de l'homme. Le Comité considère que, dans de telles circonstances, les entreprises se trouvent souvent dans une zone de risque juridique.

Dans de tels cas, le degré de proximité entre l'entreprise et les forces de sécurité est généralement élevé. Pour que ces services de sécurité puissent être fournis, l'entreprise et les forces de sécurité doivent partager un certain nombre d'informations. Les forces de sécurité peuvent se trouver dans les installations de l'entreprise, et/ou avoir accès à ses équipements. Il arrive parfois que l'entreprise verse une rémunération à ces fournisseurs de sécurité.

Dans le cadre de ce type d'interactions et de rapports étroits, lorsque des atteintes graves aux droits de l'homme sont commises par les forces de sécurité, le Comité considère que les tribunaux pénaux ou civils pourront estimer que l'entreprise avait connaissance du risque que des atteintes seraient perpétrées. Ce sera d'autant plus probable lorsque les forces de sécurité en cause ont commis, dans le passé, des atteintes graves aux droits de l'homme. Lorsque c'est le cas, il est plus que probable qu'un tribunal civil estime que l'entreprise aurait dû avoir connaissance du risque,

dans la mesure où une entreprise prudente placée dans la même position aurait mené une évaluation effective des risques.

Le Comité considère également que dans de tels contextes, il y aura souvent un certain nombre de liens de causalité entre le comportement de l'entreprise et les atteintes graves aux droits de l'homme. Il peut arriver que le simple fait d'avoir recours à des forces de sécurité cause, ou contribue à causer, la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme. En outre, il est fréquent que, dans ce type de situations, l'entreprise finisse par fournir une assistance logistique ou des équipements aux forces de sécurité, ce qui l'inscrira également dans la chaîne d'événements menant à la perpétration d'atteintes graves aux droits de l'homme.

3.3 Chaînes d'approvisionnement

Des entreprises font souvent l'objet d'allégations de complicité lorsque des atteintes graves aux droits de l'homme sont commises par des acteurs faisant partie de leur chaîne d'approvisionnement. Ces allégations portent souvent sur le fait que les entreprises en cause n'ont pas pris de mesures pour faire en sorte que la fourniture de biens n'implique pas d'atteintes aux droits de l'homme ou que l'entreprise a, en fait, imposé des conditions d'approvisionnement telles que cela a entraîné son implication directe dans des atteintes graves aux droits de l'homme perpétrées par son fournisseur.

Le Comité considère que le degré de proximité constitue un élément essentiel dans ce contexte. De nombreuses entreprises disposent de chaînes d'approvisionnement complexes qui impliquent plusieurs autres entreprises et, dans la plupart des cas, plus on s'éloigne dans la chaîne d'approvisionnement, moins l'entreprise aura, ou sera censée avoir, connaissance des pratiques de ses fournisseurs et, souvent, moins son comportement aura un impact sur celui de son fournisseur. À l'inverse, plus la relation entre le fournisseur et l'entreprise est étroite ou plus il joue un rôle central dans les activités de l'entreprise, plus l'entreprise aura, ou sera censée avoir, connaissance de ses pratiques et plus son comportement aura d'impact sur la situation, ce qui, en retour, augmente la probabilité qu'elle pourrait rendre possible, aggraver ou faciliter des atteintes graves aux droits de l'homme.

Dans certains cas, une entreprise peut être le seul client de tous les produits d'un fournisseur donné. Dans de telles situations, l'entreprise cliente exercera en général un fort degré d'influence sur son fournisseur, et pourrait par exemple imposer des prix si peu élevés et exiger des délais de livraisons si courts que le seul moyen qu'aura le fournisseur de respecter ces conditions sera de commettre des atteintes aux droits de l'homme, comme le recours au travail d'enfants ou au travail forcé. Dans de telles situations, le Comité considère qu'il est possible de soutenir que l'entreprise a rendu possible, aggravé ou facilité le préjudice subi par ces travailleurs. Si, au contraire, l'entreprise cliente n'est qu'une parmi tant d'autres et ne contribue

qu'à une petite part des revenus du fournisseur, le lien de causalité entre l'achat des produits et le recours au travail d'enfants ou au travail forcé peut être plus ténu.

Il arrive parfois que le fournisseur soit relativement éloigné dans la chaîne d'approvisionnement de l'entreprise cliente, ce qui réduira le niveau de connaissance que l'entreprise était censée avoir, ou aurait dû avoir, quant au fait que des atteintes aux droits de l'homme pouvaient être commises. Néanmoins, un tribunal pourra estimer que des facteurs tels que le contexte ou le lieu dans lequel le fournisseur opère, les antécédents de celui-ci et les conditions du contrat d'approvisionnement, avaient alerté, ou auraient dû alerter, l'entreprise quant au risque que des atteintes aux droits de l'homme soient commises dans le cadre de la chaîne d'approvisionnement.

3.4 Partenariats commerciaux formels

Des entreprises sont parfois accusées d'être responsables d'atteintes aux droits de l'homme commises par un autre acteur avec lequel elles ont conclu un partenariat commercial en vue de mener à bien un projet commercial précis. Les coentreprises sont des exemples fréquents de tels partenariats commerciaux, dans lesquels chacune des parties apporte des compétences et des ressources différentes pour atteindre un objectif commercial que ni l'une ni l'autre ne pourrait accomplir seule, et pour lequel elles partagent les bénéfices et les pertes. Les partenaires travaillent en général en collaboration et en coordination étroites et négocient en détail les actions que chacune doit mettre en œuvre pour remplir sa part de l'accord de partenariat.

Le Comité considère qu'une entreprise peut se trouver dans une zone de risque juridique lorsqu'elle noue un partenariat commercial formel, tel qu'une coentreprise, et que son partenaire commet des atteintes graves aux droits de l'homme dans le cadre de ce partenariat commercial.

Le Comité estime que l'engagement, le cas échéant, de la responsabilité juridique dépendra des circonstances entourant l'accord, notamment de l'impact que ce dernier avait sur le comportement de l'auteur principal et des informations dont disposait l'entreprise présumée complice, avant la conclusion et durant la phase d'exécution de cet accord, quant au comportement probable et effectif de son partenaire.

Il y a souvent un haut degré de proximité dans ce genre de contextes, ce qui en retour a des répercussions sur le niveau de connaissance que l'entreprise avait, ou aurait dû avoir, quant au risque que son partenaire commette des atteintes graves aux droits de l'homme. Les termes de l'accord de partenariat seront en eux-mêmes souvent considérés comme constituant le lien de causalité entre l'entreprise et les atteintes. Un tribunal pourrait estimer, par exemple, que sans l'accord, les atteintes n'auraient pas été commises de la même façon et n'auraient pas été infligées aux mêmes victimes ni avec la même intensité.