



MINISTÈRE PUBLIC FÉDÉRAL
BUREAU DU DÉFENSEUR FÉDÉRAL DES DROITS

PGR-00478343/2018

NOTE TECHNIQUE N. 7/2018

LA PROTECTION ET LA RÉPARATION DES DROITS DE L'HOMME DANS LE CADRE DES ACTIVITÉS DES ENTREPRISES

I – Contextualisation

Le développement national est, conformément à l'article 3 (II) de la Constitution de 1988, l'objectif fondamental du pays. Pour atteindre cet objectif, l'importance des investissements à long terme, capables de gérer et de distribuer des richesses, est incontestable, mais ils doivent contribuer à la réalisation d'autres objectifs énumérés dans le même article, notamment l'éradication de la pauvreté et de la marginalisation et la réduction des inégalités sociales et régionales (CF, article 3, I et III). Cette combinaison de développement et de répercussions sociales est conforme à la disposition, également constitutionnelle, selon laquelle la libre entreprise, la citoyenneté, la dignité humaine et les valeurs sociales du travail sont les piliers de l'État de droit démocratique brésilien (CF, article 1, I, II et IV).

Malgré cela, l'histoire brésilienne et mondiale nous apprennent que les activités des entreprises, bien qu'indispensables à la croissance économique, entraînent très souvent des impacts négatifs nombreux et tout aussi massifs (parfois irréversibles) de nature socio-environnementale et, souvent, des violations des droits de l'homme. En d'autres termes, au lieu que la libre entreprise et le développement stimulent l'affirmation de l'État-providence, ils finissent par contrarier cette perspective.

Dans ce processus, les populations les plus vulnérables sont les plus durement affectées. Par conséquent, les habitants des quartiers ou des communautés pauvres, ainsi que les peuples indigènes et les autres peuples et communautés traditionnels — tels que les peuples des forêts et des rivières, les petits agriculteurs, les pêcheurs, les «vazanteiros», les «geraizeiros», les «veredeiros», parmi tant d'autres — sont plus lourdement affectés par les entreprises qui constituent si souvent la négation même de leur vision du monde. De nombreux droits sont menacés ou violés : le droit à la vie, à l'intégrité physique, à la sécurité, au logement, au travail décent, à la santé, à l'eau, à une alimentation adéquate, à la culture, à la mémoire, à l'information et au développement réel et complet. L'impact disproportionné et grave sur les droits de ces populations, parallèlement au fait que le développement s'est consolidé avec l'aggravation des inégalités sociales, a mis en évidence la tension entre les activités des entreprises et les droits de l'homme.

Pour faire face à la complexité de cet antagonisme présumé entre les entreprises et les droits de l'homme, la société civile nationale et internationale ont progressivement demandé l'amélioration des instruments et des cadres juridiques pour la protection et pour la promotion des droits de l'homme de la part des entreprises.

Il est vrai que les normes et les politiques de protection et de promotion des droits de l'homme ont été conçues à l'origine pour faire face à la fonction de l'État, qui était considéré comme le seul violateur potentiel de ces droits. Néanmoins, dans le présent contexte, les acteurs non étatiques sont également considérés comme des agents potentiels de violations des droits de l'homme, lorsqu'ils exercent un pouvoir *de facto* (comme s'il s'agissait de fonctions gouvernementales) ou qu'ils entretiennent des rapports avec des personnes privées dans une situation de supériorité de pouvoir social.¹

Parmi ces acteurs non étatiques, il convient de souligner le rôle des entreprises et, surtout, des sociétés transnationales, qui disposent souvent d'un pouvoir économique et politique supérieur à celui des institutions étatiques elles-mêmes.²

Aux termes de la Constitution brésilienne, les activités des entreprises doivent être régulées par les principes généraux de l'activité économique établis aux articles 170 et 170, parmi lesquels : la valorisation du travail humain, la libre entreprise, la fonction sociale de la propriété, la protection de l'environnement et la réduction des inégalités régionales et sociales. Ces principes doivent guider la formulation de normes infra-constitutionnelles et de la jurisprudence nationale, en conformant normativement la relation entre les entreprises et la société en termes de respect des droits de l'homme.

Au niveau international, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies mène deux initiatives parallèles pour renforcer les cadres normatifs sur les droits de l'homme et les entreprises. La première a abouti à la création du Groupe de travail sur les entreprises et les droits de l'homme³, dont le mandat concerne la diffusion et la mise en œuvre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, établis par le professeur John Ruggie à la demande du Secrétaire général des Nations Unies et approuvés par le Conseil des droits de l'homme en 2011. Le second, à son tour, concerne la proposition et la discussion d'un traité international sur le sujet, qui se trouve actuellement à la phase du premier projet de discussion.⁴

1Le terme « acteurs non étatiques » comprend une multiplicité d'entités et de personnes qui n'ont aucune identité entre elles : individus, entreprises multinationales, petites entreprises, institutions religieuses (églises), communautés épistémiques organisées, syndicats, universités, organisations non gouvernementales, organisations internationales multilatérales (par exemple : ONU, OIT, OMS, UNICEF, OMC, OEA, Banque mondiale, Fonds monétaire international), groupes terroristes, groupes de résistance armés, insurgés ou rebelles.

2Selon l'organisation non gouvernementale *Global Justice Now*, il existe plus de 40 000 sociétés transnationales dans le monde. Et, sur les 100 institutions les plus riches du monde (y compris les gouvernements et les entreprises), 69 sont des sociétés transnationales et seulement 31 des gouvernements.

Veillez accéder à : http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/controlling_corporations_briefing.pdf

Dans le cadre des activités menées par le Groupe de travail des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises, l'un des thèmes centraux est la recommandation faite aux États d'adopter un Plan d'action national, qui se définit comme une stratégie politique évolutive élaborée par un État pour se protéger contre les effets négatifs des entreprises sur les droits de l'homme, conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.⁵

Plusieurs organisations de la société civile brésilienne observent et abordent la question de la protection des droits de l'homme face aux activités des entreprises et ont demandé au Bureau du Défenseur Fédéral des Droits (PFDC) de constituer un groupe de travail interne chargé de surveiller l'activité de l'État dans ce domaine.⁶ Compte tenu de la nécessité d'évaluer la demande faite au Brésil de mettre en place un plan d'action national, ainsi que la position du pays dans le processus de discussion du traité international susmentionné, et après des réflexions du groupe de travail interne et des dialogues avec des organismes gouvernementaux et la société civile elle-même, le PFDC publie la présente Note technique afin d'exprimer son point de vue sur ces processus. Cette question demande une prise de décision de la part de l'État et de la société brésilienne, compte tenu des deux cas internationaux mentionnés et de l'histoire des violations des droits de l'homme commises par les entreprises au Brésil, dont nous pouvons citer, parmi beaucoup d'autres, les cas suivants : l'effondrement du barrage de Fundão, qui a été construit par l'entreprise Samarco, à Mariana/MG ; la construction de la centrale hydroélectrique de Belo Monte, sur le fleuve Xingu, dans l'État du Pará ; les divers dommages causés dans différentes parties du pays et de la planète par les activités minières de Vale S/A ; l'exploitation de ThyssenKrupp Companhia Siderúrgica do Atlântico - TKCSA, à Rio de Janeiro, sans une permission environnementale ; l'expansion des frontières de l'agro-industrie dans le *Cerrado*, avec l'expulsion des populations traditionnelles de leurs terres et de graves dommages à l'approvisionnement en eau des populations urbaines et rurales ; les dommages environnementaux et les conflits fonciers liés à l'expansion du port de Suape, dans l'État du Pernambuco ; le déversement de résidus d'Hydro Alunorte, à Barcarena, dans l'État du Pará.

³ Veuillez accéder à :

<https://www.ohchr.org/en/issues/Business/Pages/WGHRandtransnationalcorporationsandotherbusiness.aspx>.

⁴ Veuillez accéder à :

<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>

⁵ Veuillez accéder à : https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/UNWG_NAPGuidance.pdf.

Pour une analyse des plans d'action nationaux déjà approuvés, veuillez consulter HOMA Institute, « General Perspectives on the National Action Plans on Business and Human Rights » - recherche coordonnée par Manoela Carneiro Roland. Disponible sur :

<http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2016/01/Perspectivas-Gerais-sobre-os-Planos-Nacionais-de-Ac%C3%A7%C3%A3o-sobre-Empresas-e-Direitos-Humanos.pdf>.

⁶ Groupe de travail sur les droits de l'homme et les entreprises, créé par l'ordonnance n.14/2016 du Bureau du Défenseur Fédéral des Droits. Afin d'étayer ses réflexions, le GT sur les droits de l'homme et les entreprises du PFDC a organisé une audience publique le 8/11/2017 à Vitória - ES, à laquelle ont pris part environ 130 personnes, parmi lesquelles des représentants des personnes affectées, des organisations non gouvernementales, du gouvernement et des entreprises publiques.

II – Les activités entrepreneuriales et les droits de l'homme

La tension entre les activités entrepreneuriales et les droits de l'homme n'est pas une nouvelle question. En effet, c'est presque un truisme de dire que les violations des droits de l'homme par les États sont généralement liées à des intérêts économiques ou financiers. Qu'il s'agisse de conflits internationaux ou internes, de régimes autoritaires ou relativement démocratiques, les violations se produisent dans le contexte de la protection, de la facilitation ou de la promotion des intérêts des groupes sociaux et de leurs prétentions économiques respectives. Généralement, les droits de l'homme sont attaqués au nom de la nécessité d'accélérer le développement économique, bien que cette justification soit souvent associée à d'autres raisons politiques ou sociales, telles que la nécessité de réprimer des groupes subversifs, des criminels, etc.

Il convient également de reconnaître que les entreprises exercent leurs activités économiques dans le but de rémunérer leurs associés et actionnaires, c'est-à-dire de réaliser des bénéfices. Il s'agit là d'un élément essentiel du système politico-économique prévu par la constitution brésilienne (ainsi que par les constitutions de tous les pays capitalistes) en vertu du principe de la libre entreprise. Il ne fait aucun doute que cet objectif est légal et encouragé par l'État.

Toutefois, la poursuite de bénéfices exerce une pression énorme sur les gestionnaires des entreprises pour qu'ils minimisent les coûts et les dépenses, et, par conséquent, qu'ils maximisent les gains. Dans cette logique, les investissements ou les dépenses consacrés à la garantie et à la protection des droits de l'homme sont évidemment réduits, en particulier lorsque le cadre réglementaire ou l'application des règles existantes sont faibles. À cet égard, un aspect central de la PFDC concernant la protection des droits de l'homme face aux activités des entreprises se distingue déjà : la nécessité de mettre en place un cadre juridique clair sur les obligations des entreprises, associé à un système efficace de réparation et à un contrôle efficace. À défaut d'un mécanisme global permettant d'équilibrer la corrélation des forces et de peser sur les processus décisionnels des entreprises, la défense des droits de l'homme sera toujours menacée face aux exigences économiques et financières des entreprises. La protection des droits de l'homme ne peut pas être perçue comme un élément facultatif ou comme une simple responsabilité sociale volontaire. Elle doit être au cœur de chaque processus de décision des entreprises. À l'étape actuelle de la civilisation, il est inadmissible que l'activité économique sacrifie la dignité humaine au profit des résultats financiers. En d'autres termes, le respect des droits de l'homme doit être une prémisse à tout processus de décision.

La nécessité pour les États d'attirer les investissements des entreprises en réduisant les coûts d'exploitation et de création d'entreprises a abouti à un phénomène connu sous le nom de « course vers le bas ». En d'autres termes, les États rivalisent entre eux pour être les « moins chers », ce qui impose des sacrifices tant en termes de fiscalité (guerre fiscale) - et donc de capacité de l'État à promouvoir les droits sociaux et économiques - qu'en termes d'obligations de faire ou de ne pas faire des entreprises, en particulier dans le domaine de l'environnement, de l'interdiction d'utiliser de la main-d'œuvre dans des situations analogues à l'esclavage, du respect des normes sanitaires, de la facilitation de l'occupation des terres et du recours sans discernement à l'expulsion qui en découle, ainsi que du déplacement forcé de populations. En d'autres termes, le respect des droits de l'homme en général est compromis pour favoriser les investissements des entreprises.

Il est injustifiable qu'une même société puisse adopter des critères de protection et de respect en matière de droits de l'homme différents en raison de la localisation de ses activités. La multiplicité culturelle et les différents niveaux de développement social des sociétés ne peuvent pas être un prétexte à des normes de dignité inégales, en particulier en ce qui concerne les droits de l'homme tels qu'ils sont définis par le droit international. La disqualification et la discrimination de certaines populations quant à la portée du respect de leurs droits fondamentaux renvoient aux pratiques de l'esclavage et du colonialisme.

Pour cette raison, le PFDC soutient le renforcement des systèmes réglementaires nationaux et internationaux, afin que les entreprises transnationales en particulier soient contraintes d'adopter les mêmes critères de protection des droits de l'homme dans tous les pays et communautés dans lesquels elles opèrent directement ou indirectement. Cette mesure permettra de favoriser le principe de la protection maximale (*pro homine*) et de l'égalité. En d'autres termes, les entreprises devraient, dans toutes les phases de leurs activités et dans tous les pays où elles opèrent, suivre le modèle le plus élevé de respect des droits de l'homme, en particulier ceux qui sont consacrés par le droit international et qui peuvent être mis en œuvre à des degrés d'intensité différents.⁷

⁷Certains droits de l'homme ne sont définis qu'en principe, et il convient à chaque État d'en définir le degré d'intensité. C'est le cas, par exemple, de l'âge minimum pour le travail des adolescents. Pour le PFDC, si une entreprise est contrainte de suivre la loi d'un certain pays qui interdit le travail des enfants de moins de 16 ans, cette norme devrait être adoptée dans les autres pays où elle opère.

Un autre aspect de l'impact des activités des entreprises sur les droits de l'homme est qu'il varie en fonction des secteurs ou des branches d'activité économique. En effet, certains domaines ou activités présentent un risque plus élevé de produire des violations des droits de l'homme en raison des tensions naturelles qu'ils provoquent, comme dans les cas suivants : (a) la taille de l'entreprise par rapport à l'impact socio-environnemental (par exemple, l'établissement de grandes industries, fermes ou agglomérations entraîne notamment le déplacement de personnes et des changements dans l'environnement), (b) la nature de l'activité par rapport à l'impact socio-environnemental (par exemple, les entreprises minières, pétrolières et gazières, agricoles, d'élevage, de papier et hydroélectriques ont un impact sur les droits de l'homme), les entreprises minières, pétrolières et gazières, agricoles, d'élevage, de pâte à papier et hydroélectriques affectent l'environnement, le logement et les activités économiques traditionnelles du voisinage, etc.) et (c) la nature de l'activité en termes de destination et de disponibilité de ses produits et services (par exemple, les industries de défense, de services de sécurité et pharmaceutiques ; les services privés de santé et d'éducation ; les biens produits ou les services fournis par les entreprises coïncident avec les biens juridiques protégés par le concept des droits de l'homme ou les concernent).

Les États, que ce soit au niveau interne ou entre eux, devraient adopter des dispositions normatives et des mécanismes de contrôle plus puissants face à ces activités, précisément en raison du risque plus élevé qu'elles représentent pour les droits de l'homme. Toutefois, il arrive souvent une situation inverse : le relâchement des obligations pour attirer ces investissements, surtout parce qu'il s'agit d'initiatives commerciales qui allouent de grosses sommes d'argent et augmentent les exportations, ce qui favorise le discours du développement au détriment de la précaution et de la protection sociale et environnementale. En outre, il est courant que ces investissements soient associés aux intérêts de certains groupes politiquement influents, ce qui est un facteur déterminant dans le manque d'intérêt de l'État à imposer la prévention des risques socio-environnementaux comme condition d'approbation de la mise en œuvre du projet ou de sa surveillance constante.

Ces circonstances, combinées au fait que la mondialisation a conduit à une oligopolisation significative du marché international sur lequel opèrent les grandes sociétés transnationales, permettent de constater la capacité limitée des États à faire face seuls à ces pressions. Le présent contexte recommande donc l'adoption de normes internationales pour assurer un niveau minimal de respect et de protection des droits de l'homme, ainsi que la possibilité de tenir les entreprises pour responsables des impacts négatifs et des violations des droits de l'homme.

En d'autres termes, les États - y compris le Brésil — doivent adopter des politiques publiques au niveau national pour renforcer efficacement la protection des droits de l'homme face aux activités des entreprises et, dans le même temps, établir un système international qui réduise, supprime ou limite le pouvoir des entreprises de pousser les États sur la voie de la flexibilisation ou de la relativisation des droits de l'homme, sous l'argument fallacieux de la priorité donnée au développement économique.

En réalité, le développement économique dissocié de la promotion des droits de l'homme et de la réduction des inégalités sociales s'est révélé fallacieux, car il s'approprie les ressources naturelles et sociales collectives en faveur de petits groupes⁸. Concrètement, le développement lui-même doit également être compris comme un droit de l'homme, à s'approprier collectivement. Le concept de développement fait ressortir la dimension humaine, comme le souligne l'article 2 de la Déclaration des Nations Unies sur le droit au développement (1986) : *La personne humaine est le sujet central du développement et devrait être un participant actif et un bénéficiaire du droit au développement*. Cela signifie que le développement ne peut avoir lieu que s'il y a une amélioration de la vie de toutes les personnes et collectivités directement ou indirectement affectées par le processus.

D'ailleurs, avec la signature de l'Agenda 2030 des Nations Unies sur les Objectifs de développement durable, les États se sont récemment engagés à lutter contre les inégalités au niveau national et entre les pays et à assurer que tous les êtres humains puissent jouir d'une vie prospère et épanouissante, et que le progrès économique, social et technologique se fasse en harmonie avec la nature (Objectif 10).

⁸L'organisation non gouvernementale Oxfam, dans son rapport *Compenser le travail, pas la richesse*, publié en janvier 2018, a souligné que les 1 % des personnes les plus riches du monde détiennent plus de richesses que le reste de l'humanité. Disponible sur : https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/publicacoes/2018_recompensem_o_trabalho_nao_a_riqueza_resumo_word.pdf.

En réalité, il y a une reconnaissance des violations des droits de l'homme dues au modèle d'investissement adopté par les pays les plus développés dans les régions du sud du globe et un appel à changer ce paradigme. L'Agenda 2030 se conforme à la Constitution brésilienne et tous les deux reconnaissent que la croissance économique sans la promotion des droits de l'homme n'est pas un développement.

III – Développement normatif - les principes directeurs des Nations Unies et les Plans d'action nationaux

Au cours de la dernière décennie, la question des entreprises et des droits de l'homme a suscité un intérêt croissant au sein de la communauté internationale. Après quelques initiatives antérieures, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a approuvé, en 2011, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, élaborés par le professeur John Ruggie à la demande du Secrétaire général de l'ONU. Ces principes peuvent être considérés comme un premier pas sur la voie de l'affirmation de normes contraignantes.

Cependant, les Principes directeurs ne disposent pas d'une force contraignante en eux-mêmes et font partie de ce qui constitue ce que l'on appelle la « *soft law* » du droit international. Ainsi, les principes ne créent pas d'obligations pour les États, bien qu'ils servent d'axe d'interprétation et de référence dans l'application d'autres normes impératives relatives aux droits de l'homme et aux entreprises.

En ce sens, les organes de traités des Nations Unies les ont adoptés comme paramètre d'application des conventions relatives aux droits de l'homme. Parmi les exemples, il convient de citer l'Observation générale 16 du Comité des droits de l'enfant, qui est liée à la Convention relative aux droits de l'enfant,⁹ et l'Observation générale 24 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels,¹⁰ qui définissent les critères d'application de ces traités du point de vue du respect des droits de l'homme par les entreprises.

⁹Disponible sur : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f16&Lang=en

¹⁰Disponible sur : https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f24&Lang=en

En ce qui concerne le continent américain, les Principes directeurs sont en dialogue avec la Charte de l'Organisation des États américains, qui prévoit, à l'article 36, que «[L]es sociétés transnationales et les investissements privés étrangers sont soumis à la législation et à la juridiction des tribunaux nationaux compétents des pays d'accueil, ainsi qu'aux traités et conventions internationaux auxquels ils sont parties, et se conforment à la politique de développement des pays d'accueil », et à l'article 45, alinéa "e", que «[L]es États membres, convaincus que l'homme ne peut pas pleinement réaliser ses aspirations que dans le cadre d'un ordre social juste, accompagné d'un développement économique et d'une paix véritable, conviennent de tout mettre en œuvre pour appliquer les principes et mécanismes suivants : (...). Le fonctionnement des systèmes d'administration publique, bancaire et de crédit, d'entreprise, de distribution et de vente, de telle sorte que, en harmonie avec le secteur privé, ils répondent aux besoins et aux intérêts de la communauté ».

En ce sens, la Cour interaméricaine des droits de l'homme les reconnaît comme faisant partie de l'ensemble des normes de protection des droits de l'homme, avec lesquelles elle a d'ailleurs construit sa jurisprudence relative aux responsabilités des entreprises en matière de droits de l'homme. À cet égard, nous pouvons citer l'affaire Pueblos Kallina y Lonoko c. Suriname¹¹ ; l'avis consultatif 22/2016 (Propriété des droits des personnes morales)¹² et l'avis consultatif 23/2017 (Environnement et droits de l'homme).¹³

11L'arrêt stipule que : “223. *En este particular, el Tribunal toma nota de que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y por ende a los derechos de los pueblos indígenas, fueron llevadas a cabo por actores privados, primero por la empresa Suralco y posteriormente por la joint venture denominada BHP Billiton-Suralco.*

224. *Al respecto, la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.*

225. *En este sentido, el Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, ha señalado que estas deberán respetar los derechos humanos de personas pertenecientes a grupos o poblaciones específicas, entre ellos los pueblos indígenas y tribales, y deberán prestarle especial atención cuando vulneren dichos derechos.*

226. *En virtud de lo señalado, la Corte estima que, siendo que el Estado no garantizó la realización de un estudio de impacto ambiental y social de manera independiente y previa al inicio de la extracción de bauxita ni supervisó el estudio que fue realizado con posterioridad, incumplió con dicha salvaguardia, máxime tratándose de un área natural protegida y de territorios tradicionales para diversos pueblos.”*

12Consultez les paragraphes 30 et 31, qui font référence à l'obligation des personnes morales, y compris les entreprises, d'observer les droits de l'homme dans les États signataires de la Convention, ainsi qu'au devoir des États d'adopter des mesures pour garantir la mise en œuvre de cette obligation.

13L'avis souligne les diverses obligations des États en matière de protection de l'environnement, dont plusieurs sont liées à des obligations de réglementation et de contrôle à l'égard des entreprises.

Les Principes directeurs sont structurés autour de trois piliers : protéger, respecter et réparer. Le document souligne qu'il incombe aux États de protéger et de garantir des mécanismes judiciaires et extrajudiciaires de réparation. En outre, les entreprises doivent agir de manière à respecter les droits de l'homme. Les principes ont été formulés en tenant compte du fait que toutes les entreprises, quelles que soient leur taille, leur secteur, leur localisation, leurs propriétaires et leur structure, exercent des activités susceptibles d'avoir un impact sur les droits de l'homme. Ils ne mettent donc pas l'accent sur les sociétés transnationales. Les principaux points des Principes directeurs sont les suivants :

- ✓ Les États ont le devoir primordial de prévenir, d'enquêter, de punir et de réparer les atteintes aux droits de l'homme commises sur leur territoire par des entreprises et doivent veiller à ce que toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire respectent les droits de l'homme.
- ✓ Les États doivent contraindre les entreprises à respecter les droits de l'homme, veiller à ce que l'activité économique ne restreigne pas, mais au contraire favorise le respect des droits de l'homme, conseiller les entreprises sur les moyens de respecter les droits de l'homme et encourager ou obliger les entreprises à rendre compte de leur traitement de l'impact de leurs activités sur les droits de l'homme.
- ✓ Les États portent une plus grande responsabilité en ce qui concerne les entreprises appartenant ou soutenues par l'État, y compris les crédits publics, l'assurance ou les investissements.
- ✓ L'État doit contrôler que les entreprises avec lesquelles il établit des contrats promeuvent le respect des droits de l'homme.
- ✓ Les États doivent disposer de normes appropriées pour garantir le respect des obligations en matière de droits de l'homme dans les accords qu'ils signent avec d'autres États ou avec des entreprises, en particulier dans le cadre de traités et de contrats d'investissement.
- ✓ Les entreprises doivent s'abstenir de porter atteinte aux droits de l'homme des tiers et faire face aux impacts négatifs dans lesquels elles sont impliquées.
- ✓ La responsabilité qui incombe aux entreprises concernant les droits de l'homme internationalement reconnus.
- ✓ Les entreprises sont tenues d'éviter que leurs propres activités entraînent des impacts négatifs sur les droits de l'homme, et de faire face aux conséquences lorsqu'elles se produisent, ainsi que de prévenir ou d'atténuer les impacts négatifs directement liés aux opérations, aux produits ou aux services de leurs relations d'affaires.

- ✓ Les entreprises doivent disposer de politiques et de procédures appropriées à leur taille et à leur situation, en particulier : un engagement à prendre leurs responsabilités ; des travaux d'audit (*due diligence*) pour identifier, prévenir, atténuer et rendre compte de la manière dont elles traitent leur impact sur les droits de l'homme ; et des processus de réparation.
- ✓ Les entreprises doivent intégrer les conclusions de leurs évaluations des risques et des incidences dans le cadre de leurs fonctions et processus internes et contrôler l'efficacité de leur propre réponse.
- ✓ Les entreprises doivent être prêtes à communiquer les mesures adoptées pour faire face aux impacts de leurs activités, en particulier lorsque les personnes concernées se montrent préoccupées.
- ✓ Les entreprises dont les activités ou les contextes opérationnels comportent des risques d'impact graves doivent rendre compte officiellement des mesures qu'elles prennent à cet égard.
- ✓ Les entreprises doivent réparer ou contribuer à réparer les impacts négatifs qu'elles ont causés ou contribué à causer.
- ✓ Les entreprises sont tenues de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus partout où elles exercent leurs activités.
- ✓ Les États doivent adopter des mécanismes de réparation judiciaire appropriés et efficaces, ainsi que des moyens de plainte extrajudiciaires, dans le cadre d'un système national complet de réparation des violations des droits de l'homme liées aux entreprises. Ils doivent également faciliter l'accès aux mécanismes de plainte non étatiques.
- ✓ Les entreprises, ainsi que les sociétés industrielles et les initiatives multipartites, doivent mettre en place des mécanismes de dénonciation efficaces ou y participer.
- ✓ Les mécanismes non judiciaires étatiques ou non étatiques sont efficaces lorsqu'ils sont : légitimes, accessibles, prévisibles, équitables, transparents, compatibles avec les droits et source d'apprentissage. Ces mécanismes doivent être fondés sur la participation et le dialogue.

La publication et le contenu des Principes directeurs, bien que positifs d'un point de vue évolutif, ont été critiqués par des représentants de la société civile et du monde académique, surtout parce qu'ils sont loin de répondre à ce qui est considéré comme possible et indispensable pour rendre la protection des droits de l'homme effective face aux activités des entreprises.¹⁴ En effet, et même s'ils ont été publiés dans un instrument non contraignant, il est remarquable qu'il n'y ait aucune mention d'une interdiction des violations des droits de l'homme, mais plutôt l'adoption d'une sémantique euphémique pour « prévenir » les violations et développer des « politiques » pour la prévention et la réparation. De même, il n'existe aucune obligation directe pour les entreprises d'adopter des mesures préventives efficaces, élaborées avec la participation de la population affectée par le projet. Le document semble admettre une certaine tolérance à l'égard des violations des droits de l'homme par les entreprises. En outre, il continue d'attribuer des fonctions de protection exclusives aux États, ce qui rend nécessaire, dans certains cas, la reconnaissance de la coresponsabilité des entreprises en matière de protection, en particulier dans le cas des sociétés transnationales.

En réaffirmant qu'il interprète les Principes directeurs comme une étape bienvenue dans l'élaboration de normes plus efficaces, le PFDC reconnaît également l'insuffisance de ce cadre pour traiter la question des violations des droits de l'homme par les entreprises, en particulier parce que (a) il néglige la nécessité de s'attaquer au phénomène de la « course vers le bas », c'est-à-dire de souligner la responsabilité directe des entreprises pour inciter les gouvernements à réduire les coûts sociaux et les exigences de protection de l'environnement et d'autres droits de l'homme en tant que condition d'attribution des investissements, (b) il ne traite pas de la nécessité pour les États d'adopter une juridiction universelle ou quasi-universelle¹⁵ pour examiner les cas de violation des droits de l'homme par les sociétés transnationales, (c) il met l'accent sur l'adoption de politiques volontaires par les entreprises, sans renforcer le concept selon lequel toute violation des droits de l'homme doit être pleinement réparée, par la restitution, l'indemnisation, la réintégration et les garanties de non-répétition, (d) il développe la question en privilégiant la vision et le langage des entreprises, au détriment de ceux des victimes et des personnes affectées, et (e) Il manque des dispositions claires sur l'obligation pour les entreprises de développer leurs projets, y compris les projets d'extraction, uniquement après une consultation préalable, libre et informée des populations concernées.

¹⁴Veillez consulter, par exemple, le lien : <http://homacdhe.com/wp-content/uploads/2018/08/Caderno-de-Pesquisa-Homa-Planos-Nacionais-de-Ação.pdf>.

¹⁵La juridiction quasi-universelle est la disposition selon laquelle les entreprises peuvent être poursuivies devant les tribunaux de n'importe quel pays dans lequel elles opèrent directement ou indirectement, ou dans lequel elles ont des établissements ou des actifs.

Après l'approbation des Principes directeurs, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a créé un groupe de travail chargé de diffuser leur mise en œuvre. Le principal outil pour ce faire serait la mise en œuvre de Plans d'action nationaux par les États. À ce jour, 21 pays ont publié des plans, parmi lesquels : le Chili, la Colombie, l'Allemagne, l'Espagne, le Royaume-Uni, les Pays-Bas, le Danemark, la Finlande et les États-Unis.¹⁶

Au Brésil, le Ministère des Droits de l'homme réalise des études de base pour l'élaboration du plan et a créé le Comité des entreprises et des droits de l'homme, dont l'objectif est de trouver des moyens de mettre en œuvre les Principes directeurs ; de proposer des paramètres communs applicables aux actions des entreprises privées, des sociétés d'économie mixte ou des entreprises publiques en matière de respect des droits de l'homme ; d'analyser les questions soulevées par la société civile, les centres de recherche, les organismes de contrôle, le Ministère Public, le Bureau du Défenseur Fédérale des Droits et le Bureau du Médiateur National des Droits de l'Homme, et de proposer des lignes directrices ; demander des informations et contrôler les actions des entreprises en matière de droits de l'homme ; encourager les entreprises privées à communiquer et à rendre compte de leurs actions stratégiques pour respecter pleinement les droits de l'homme et indiquer l'impact de leurs actions ; réaliser des diagnostics et préparer des études sur le sujet ; faire des propositions d'actes normatifs ou d'actions spécifiques sur le sujet ; articuler des actions intersectorielles, interinstitutionnelles et interfédérales pour renforcer le respect des droits de l'homme par les entreprises ; et présenter des rapports sur ses activités et ses progrès.¹⁷

Le PFDC soutient la proposition et les efforts du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies pour établir des Plans d'action nationaux, ainsi que ceux du Ministère des Droits de l'Homme pour créer un Comité des entreprises et des droits de l'homme.

Toutefois, dans le cas du Brésil, il estime qu'avant de mobiliser les efforts pour élaborer un Plan d'action national, il est nécessaire de se pencher sur l'opportunité de la mesure compte tenu de la situation historique. Il convient de garder à l'esprit le risque que les déficits de représentativité démocratique des institutions brésiliennes conduisent à un manque de légitimité du plan, en particulier s'il existe un déséquilibre de pouvoir entre les multiples acteurs qui doivent prendre part à un processus de cette nature.

¹⁶La liste complète est disponible sur :

<https://www.ohchr.org/en/issues/business/pages/nationalactionplans.aspx>

¹⁷Veillez consulter l'Ordonnance n. 289 du 10/08/2018 du Ministre des Droits de l'Homme et l'Ordonnance n°. 24 de 2017 du Secrétariat National de la Citoyenneté.

En outre, la définition des politiques des droits de l'homme doit se fonder sur les demandes des victimes et d'éventuelles personnes affectées et, par conséquent, celles-ci doivent avoir la garantie que le processus leur donnera une position compatible avec ce postulat. En d'autres termes, la construction doit être collective, dans un processus de large dialogue avec la société civile. L'élaboration du troisième Plan National des Droits de l'Homme en est un exemple.

Il convient également de garder à l'esprit que le plan a été recommandé en tant que mesure visant à concrétiser les Principes directeurs et que, par conséquent, il faut prendre en compte et surmonter les critiques susmentionnées concernant le contenu et le langage adoptés dans ces principes.

Ce plan éventuel doit se fonder sur le « *state-of-the-art* » de la protection des droits de l'homme face aux activités des entreprises au Brésil, tel qu'il est prévu dans les cadres normatifs ou reconnu dans les précédents jurisprudentiels, en particulier parce que, dans plusieurs cas, le Brésil se situe à un niveau de protection plus élevé que celui recommandé dans les Principes directeurs. En effet, il ne serait pas juridiquement valable, à la lumière du principe de l'interdiction de la régression, qu'un Plan D'action National préconise une situation de protection, de respect et de réparation inférieure à celle qui existe dans le système juridique brésilien.

En outre, il convient de noter que les Plans d'action nationaux sont, en règle générale, émis sous la forme d'un ensemble de règles non contraignantes, ce qui a un impact limité sur la réalité. En effet, une politique publique des droits de l'homme vis-à-vis des entreprises dépend, à bien des égards, d'une loi au sens strict ou de traités et conventions internationaux, surtout parce que son essence repose nécessairement sur la définition d'obligations pour des agents privés et sur des règles applicables à l'exercice de la compétence, qui sont des questions soumises au principe de légalité.

Le PFDC souligne que, dans divers domaines, le Brésil a établi, par le biais de lois ou de la jurisprudence, d'importantes règles contraignantes pour l'activité des entreprises au regard des droits de l'homme. Dans le domaine de l'environnement, il convient de souligner l'article 225 de la Constitution fédérale, qui a intégré dans le droit constitutionnel l'obligation de réaliser des études d'impact sur l'environnement avant l'installation de travaux ou d'activités susceptibles de causer une dégradation importante de l'environnement, ainsi que la disposition prévoyant la réparation intégrale des dommages subis par ceux qui adoptent un comportement préjudiciable à l'environnement naturel ou qui exploitent des ressources minérales. De même, la ratification par le Brésil de la Convention 169 de l'Organisation internationale du travail (OIT), qui prévoit, entre autres droits fondamentaux, le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, dont l'application a été reconnue dans plusieurs précédents jurisprudentiels¹⁸, est d'une importance comparable.

Il convient également de mentionner les règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morales en cas de délits environnementaux, celles qui protègent les citoyens dans les relations avec les consommateurs, celles qui concernent la responsabilité des actes d'improbité administrative et de corruption, les règles du travail et la spécialisation de la Justice du travail, qui garantit la célérité de la juridiction et la prise en compte des particularités des relations de travail. En outre, l'article 170 de la Constitution fédérale subordonne l'ordre économique aux principes de la fonction sociale de la propriété, de la protection de l'environnement, de la réduction des inégalités sociales et régionales et de la recherche du plein emploi, et l'article 243 détermine l'expropriation foncier où l'on exploite la main-d'œuvre esclave.

À cela s'ajoute la promulgation de la Loi 12.846 de 2013, qui prévoit des sanctions contre les entreprises pour des actes commis contre des biens publics nationaux ou étrangers, contre les principes de l'administration publique ou contre les engagements internationaux pris par le Brésil, ce qui doit également être perçu sous la perspective de la protection des droits de l'homme.

Ainsi, le « *state-of-the-art* » n'est pas à son début et, sur plusieurs points, dépasse les niveaux que pourraient offrir les postulats d'un Plan d'action national non contraignant. Certes, le scénario des violations des droits de l'homme par les entreprises reste obscène dans le pays. Cependant, ce n'est certainement pas l'exhortation aux procédures volontaires qui sera en mesure de changer substantiellement ce tableau.

En outre, il convient de souligner que, compte tenu de l'affaiblissement national et international actuel des instituts et des institutions de défense des droits de l'homme, la réouverture de discussions sur des niveaux déjà consolidés comporte des risques concrets de régression.

Par conséquent, le PFDC est d'avis que, bien que l'approbation d'un Plan D'action National puisse — si les conditions indispensables mentionnées ci-dessus sont remplies — constituer une initiative pertinente, le « *state-of-the-art* » de la question au Brésil, les contingences politiques nationales et internationales et le potentiel limité des principes de Ruggie requièrent de la prudence dans la conduite du processus.

¹⁸Veillez consulter, par exemple, l'arrêt du Tribunal Régional Fédéral de la 3^e Région, 00278431320164010000, rendu par le juge rapporteur de l'appel Souza Prudente.

Dans le cas du Brésil, il peut être plus approprié — si et quand les conditions démocratiques seront favorables — d'investir dans la formulation d'une politique publique globale sur les droits de l'homme et les entreprises, y compris l'extension des précédents normatifs positifs consolidés dans la législation et la jurisprudence à tous les cas de violation des droits de l'homme (par exemple, responsabilité pénale des personnes morales, non limitée aux hypothèses actuelles ; consultation préalable obligatoire de toutes les populations potentiellement affectées par les projets ; extension du devoir de réparation ; compétence universelle ou quasi-universelle ; responsabilité des activités tout au long de la chaîne de production ; mise en place de paramètres clairs en matière d'équité entre les sexes, communs aux entreprises publiques et privées, y compris dans le secteur minier, où il existe de graves exemples d'inégalité ; renforcement de l'approche de genre dans les études d'impact environnemental des projets d'entreprise). Cette politique publique serait construite en discussion avec les multiples acteurs impliqués — et surtout avec les personnes concernées et affectées par les activités des entreprises — et comprendrait des avancées législatives qui établissent un ensemble de règles contraignantes compatibles avec la promotion du développement durable, selon les termes de l'Agenda 2030 des Nations Unies, ainsi qu'avec les jalons posés par les différents organes de traités des Nations Unies et la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

IV – Traité international

Conformément à ce qui est mentionné ci-dessus, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a créé un groupe de travail chargé d'élaborer un éventuel traité international sur les entreprises et les droits de l'homme.¹⁹ En juillet, l'État de l'Équateur - coordinateur de ce groupe de travail — a publié le premier projet de la Convention internationale. Aux termes du document publié,²⁰ la convention a pour but de (a) renforcer le respect, la promotion, la protection et la réalisation des droits de l'homme dans le contexte des activités commerciales transnationales, y compris toutes les activités à but lucratif qui se déroulent ou impliquent des actions, des personnes ou des impacts dans deux ou plusieurs juridictions nationales, (b) assurer un accès effectif à la justice et aux voies de recours pour les victimes de violations des droits de l'homme dans le cadre des activités des entreprises, (c) prévenir la réalisation de telles violations et (d) faire progresser la coopération internationale en vue de remplir les obligations des États en vertu du droit international des droits de l'homme.

¹⁹Résolution A/HRC/RES/26/9.

²⁰Titre du document en anglais : “*Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*”.

Parmi les divers aspects de la proposition, il convient de souligner les points suivants : ²¹

- ✓ La compétence pour les actes ou omissions qui entraînent des violations des droits de l'homme protégés par la Convention incombe à l'État dans lequel les actes ou omissions se produisent, ou à l'État dans lequel la personne physique ou morale présumée avoir commis les actes ou omissions est domiciliée.
- ✓ Le domicile d'une entreprise est considéré comme le lieu où se trouve son siège social, son administration centrale, le lieu où elle a des intérêts commerciaux importants, ou le lieu où elle a une filiale, une agence, des organes instrumentaux, des succursales, des bureaux de représentation ou assimilés.
- ✓ Les délais de prescription ne s'appliquent pas lorsque les violations constituent des infractions au droit international. Pour les autres violations, la prescription ne peut être indûment restrictive et doit accorder un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites, en particulier lorsque les faits se sont produits à l'étranger.
- ✓ Les questions de fond relatives à la juridiction applicable peuvent être traitées sur la base de la loi de l'État compétent ou de la loi d'un autre État partie sur le territoire duquel la personne concernée dans des activités entrepreneuriales transnationales est domiciliée.
- ✓ Dans le but d'évaluer l'impact potentiel sur les droits de l'homme, les États parties sont tenus de garantir dans leur législation nationale que toutes les personnes ayant des activités entrepreneuriales transnationales sur leur territoire, sous leur juridiction ou leur contrôle, seront obligées de mener des audits (*due diligences*). En cas de non-respect de l'obligation d'effectuer des audits, il convient de rendre des comptes et d'accorder des compensations appropriées. Les États doivent veiller à contrôler le respect de ces obligations.
- ✓ Les États parties sont tenus de garantir en droit interne que les personnes morales et physiques peuvent être tenues pour responsables pénalement, civilement ou administrativement. La responsabilité des personnes morales doit être indépendante de celle des personnes physiques. La responsabilité pénale doit s'appliquer aux donneurs d'ordre, aux collaborateurs et aux complices.
- ✓ Tout éventuel accord d'investissement ou de commerce négocié par les États parties, que ce soit entre eux ou avec des tiers, ne doit contenir aucune disposition contraire à la mise en œuvre de la convention et doit garantir le respect des droits de l'homme.

²¹Les points sont exposés en portugais sur la base d'une interprétation libre de l'original en anglais et ne représentent pas une traduction du projet original.

Comme il ressort des sections précédentes de la présente note, le PFDC estime que, malgré l'adoption éventuelle d'un Plan D'action National, le traitement adéquat de la question des droits de l'homme et des entreprises dépend de la définition de normes internationales contraignantes capables d'éviter ou de minimiser les effets délétères de la « course vers le bas », de l'adoption de normes multiples de respect des droits de l'homme par les entreprises et des défaillances des systèmes de réparation et de promotion de la justice. À défaut d'un minimum d'uniformité dans la gestion de la question par les États, l'affirmation des droits de l'homme face aux activités des entreprises au niveau universel restera une vague promesse, à la merci d'arguments visant à donner la priorité au développement national à tout prix.

En ce sens, le PFDC se réjouit de la présentation par l'Équateur d'un premier projet de traité international et suggère que le Ministère des Affaires Étrangères et le Ministère des Droits de l'Homme du Brésil mènent un processus de discussion et de consultation publique avec la société civile et les différents acteurs brésiliens concernés, afin de définir démocratiquement les propositions d'amélioration du texte qui sera défendu par l'État brésilien.

Parallèlement, le PFDC lui-même continuera à dialoguer avec la société civile et les représentants des personnes touchées par les violations des droits de l'homme dans le pays, en transmettant et en coordonnant le suivi des plaintes, en promouvant le dialogue avec l'État et d'autres parties prenantes en faveur d'une politique nationale en la matière, conformément aux principes énoncés dans la présente note. En particulier, l'agenda du mandat du PFDC mettra l'accent sur le suivi de l'avancement des discussions sur l'établissement d'un Plan D'action National au Brésil, le travail sur la rédaction de la Convention internationale sur les droits de l'homme et les activités des sociétés transnationales — avec le renforcement de la perspective d'équité de genre et la protection des droits des populations vulnérables — ainsi que le soutien au mandat du Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme.

Brasília, le 27 août 2018.

DEBORAH DUPRAT
Défenseure Fédérale des Droits

MARLON ALBERTO WEICHERT
Défenseur Fédéral des Droits Adjoint

EDMUNDO ANTÔNIO DIAS
Procureur de la République
Coordinateur du Groupe de Travail Droits de l'Homme et Entreprises



MINISTÈRE PUBLIC FÉDÉRAL

Signature/Certification du document **PGR-00478343/2018 NOTE TECHNIQUE n. 7-2018**

Signataire : M. **EDMUNDO ANTONIO DIAS NETTO JUNIOR**

Date et heure : **27/08/2018 16:28:12**

Signé avec login et mot de passe

Signataire : M. **MARLON ALBERTO WEICHERT**

Date et heure : **27/08/2018 15:12:12**

Signé avec login et mot de passe

Signataire : Mme **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Date et heure : **27/08/2018 15:08:20**

Signé avec login et mot de passe

Pour vérifier l'authenticité de ce document, veuillez accéder :

<http://www.transparencia.mpf.mp.br/validacaodocumento>.

Clé 8960C819.D5983C3D.90954784.E48E5750

