

La conformité au sein de la Société financière internationale : regard sur les Normes de performance environnementales et sociales et l'obligation de diligence raisonnable de l'IFC

*Renée-Claude DROUIN**

**Compliance within the International Finance Corporation (IFC) : A
Look at the IFC's Environmental and Social Performance Standards
and its Obligation of Due Diligence**

**El cumplimiento al interior de la Corporación Financiera
Internacional (IFC) : Una vistazo a las Normas de Desempeño
Ambiental y Social y la obligación de diligencia razonable de la IFC**

**A Conformidade no Seio da Corporação Financeira Internacional
(IFC) : Um Olhar sobre as Políticas e Padrões de Desempenho sobre
Sustentabilidade Ambiental e Social e a Obrigação de Diligência Prévia
da IFC**

**国际金融公司（IFC）内部合规：审视IFC的环境与社会绩效标
准及尽职调查义务**

* L'auteure est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et chercheuse au Centre de recherche interuniversitaire sur la mondialisation et le travail (CRIMT).

Résumé

La gestion des risques environnementaux et sociaux associés aux projets de développement du secteur privé dans lesquels la Société financière internationale (IFI) est impliquée se fait par le biais de son Cadre de durabilité environnementale et sociale, adopté initialement en 2006, qui prévoit notamment une série de huit standards environnementaux et sociaux devant être respectés par les clients de l'institution : les Normes de performance de l'IFI. L'originalité du Cadre de durabilité réside dans l'intégration de ces Normes de performance dans le contrat d'investissement conclu entre l'IFI et son client, ce qui les rend théoriquement exécutoires. En pratique toutefois, le Cadre de durabilité laisse une flexibilité importante au client dans l'application des Normes de performance et leur mise en œuvre semble être envisagée par l'IFI essentiellement comme un processus de réalisation progressive. Les tierces parties touchées par les impacts environnementaux et sociaux négatifs des projets financés par l'IFI peuvent quant à elles se prévaloir d'un mécanisme de révision indépendant mis en place pour recevoir les plaintes des individus et communautés affectées : le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO). Le CAO peut faciliter le règlement des litiges entre les clients de l'IFI et les communautés affectées par les projets financés ainsi qu'enquêter afin d'identifier les lacunes dans le processus de diligence raisonnable environnementale et sociale réalisé par l'IFI. Il s'agit toutefois d'un mécanisme essentiellement volontaire qui ne s'apparente pas à un processus judiciaire. L'accès à une réparation pour les communautés négativement touchées par un projet financé par l'IFI n'est donc pas assuré.

Abstract

Environmental and social risks associated with private sector development projects in which the International Finance Corporation (IFC) is involved are managed through the latter's Environmental and Social Sustainability Framework, initially adopted in 2006, which provides, in particular, for a set of eight environmental and social standards with which the institution's clients must comply: the IFC Performance Standards. The originality of this Sustainability Framework lies in the integration of these Performance Standards into the investment contracts concluded between the IFC and its clients, thus making these standards theoretically binding. However, in practice, the Sustainability Framework gives clients considerable flexibility when it comes to applying these Performance Standards and their implementation essentially appears to be seen by the IFC as a gradual process. Third parties affected by the negative environmental and social impacts of IFC-funded projects can, for their part, make use of an independent review mechanism established to receive complaints from affected individuals and communities: the Office of the Compliance Advisor Ombudsman (CAO). The CAO can facilitate the settlement of disputes between IFC clients and the communities affected by IFC-funded projects and investigate in order to identify gaps in the environmental and social due diligence process conducted by the IFC. However, this is essentially a voluntary mechanism, and it does not provide for a judicial process. Access to compensation for the communities negatively affected by an IFC-funded project is thus not assured.

Resumen

La gestión de riesgos ambientales y sociales asociados a los proyectos de desarrollo del sector privado en los cuales la Corporación Financiera Internacional (IFC por sus siglas en inglés) está implicada se realiza por intermedio del Marco de Sostenibilidad Ambiental y Social, aprobado inicialmente en 2006, que prevé, principalmente una serie de ocho estándares ambientales y sociales que deben respetar los clientes de la institución: las Normas de Desempeño de la IFC. La originalidad del marco de sostenibilidad reside en la integración de esas normas de desempeño en el contrato de inversión celebrado entre la IFC y su cliente, lo que las hace teóricamente vinculantes. En la práctica sin embargo, el marco de sostenibilidad permite una gran flexibilidad para el cliente en la aplicación de las normas de desempeño y su aplicación parece ser considerada esencialmente por la IFC como un proceso de implementación gradual. Los terceros afectados por los impactos negativos tanto ambientales como sociales de los proyectos financiados por la IFC pueden beneficiarse de un mecanismo de revisión independiente, que se implementó para recibir las quejas de los individuos y las comunidades afectadas: la Oficina del Ombudsman y Asesor en materia de observancia (CAO por sus siglas en inglés). La CAO puede facilitar la resolución de conflictos entre los clientes de la IFC y las comunidades afectadas por los proyectos financiados así como investigar a fin de identificar las lagunas en el proceso de evaluación ambiental y social llevado a cabo por la IFC. Se trata sin embargo, de un mecanismo de carácter voluntario que no se asemeja a un proceso judicial. Por lo tanto, el acceso a una compensación para las comunidades

Resumo

A gestão dos riscos ambientais e sociais associados aos projetos de desenvolvimento do setor privado nos quais a Corporação Financeira Internacional (IFC) está implicada se faz por meio de seu Quadro de Sustentabilidade Ambiental e Social, adotado inicialmente em 2006, que prevê notadamente uma série de oito padrões ambientais e sociais que devem ser respeitados pelos clientes da instituição: as Políticas e Padrões de Desempenho da IFC. A originalidade do Quadro de Sustentabilidade reside na integração dessas Políticas e Padrões de Desempenho nos contratos de investimento concluídos entre a IFC e seus clientes, o que os torna teoricamente executórios. Na prática, entretanto, o Quadro de Sustentabilidade deixa bastante flexibilidade aos clientes na aplicação das Políticas e Padrões de Desempenho e sua entrada em vigor parece ser vista pela a IFC essencialmente como um processo gradual. Terceiros afetados pelos impactos ambientais e sociais negativos dos projetos financiados pela IFC podem, de sua parte, prevalecer-se de um mecanismo de revisão independente criado para receber queixas das pessoas e comunidades afetadas: o Escritório do Assessor em Observância Ombudsman (CAO). O CAO pode facilitar a solução de conflitos entre os clientes da IFC e as comunidades afetadas pelos projetos financiados, assim como investigar a fim de identificar lacunas no processo de diligência prévia ambiental e social realizado pela IFC. Trata-se, todavia, de um mecanismo essencialmente voluntário, que não se assemelha a um processo judicial. Portanto, o acesso a uma reparação para as comunidades negativamente impactadas por um projeto financiado pela IFC não é garantido.

afectadas negativamente por un proyecto financiado por la IFC no está garantizado.

摘要

国际金融公司参与的私营部门开发项目中，相关的环境与社会风险管理是通过2006年首次通过的《环境与社会可持续框架》来实施的，该文件尤其规定了公司的客户必须遵守的八项环境与社会标准，即IFC绩效标准。该《可持续框架》的创新之处体现在这些绩效标准被纳入到IFC与客户订立的合同之中，从而在理论上具有强制执行力。但是，在实践中，《可持续框架》在绩效标准的适用方面给客户留下了相当灵活的操作空间，似乎IFC有意将它们的实施定为循序渐进的过程。因IFC所资助的项目遭受不利环境和社会影响的第三方可以利用一项受理个人及社群投诉的独立审查机制：合规顾问专员办公室，其作用是方便解决IFC客户与受IFC资助项目影响的社群之间的争议，以及调查以找出IFC开展的环境与社会尽职调查中的遗漏。但是，这仅仅是一项自愿机制，与司法程序的性质不同。因此，因IFC资助项目遭受不利影响的社群获得赔偿并未得到保障。

Plan de l'article

Introduction	869
I. Le Cadre de durabilité de l'IFC, les Normes de performance et la gouvernance contractuelle des risques environnementaux et sociaux	871
A. Les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale	875
B. L'exercice par l'IFC d'une diligence raisonnable en matière environnementale et sociale	883
II. Les effets juridiques de l'intégration des Normes de performance dans le contrat d'investissement	886
A. Les Normes de performance : des obligations contraignantes pour le client?	887
B. Les recours devant le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO)	893
Conclusion	901

La gestion des risques environnementaux et sociaux est devenue, dans les dernières années, l'un des enjeux majeurs de la conformité en entreprise¹. Si les défis qui y sont associés préoccupent évidemment les dirigeants de sociétés, d'autres acteurs contribuent également à la réflexion et au développement de meilleures pratiques en la matière, dont les institutions financières². En raison des impacts environnementaux et sociaux négatifs pouvant parfois être associés aux activités de leurs clients, ces dernières sont en effet exposées à différents risques, qu'ils soient de nature commerciale, juridique ou encore un risque d'atteinte à la réputation³. L'exercice d'une diligence raisonnable environnementale et sociale de façon préalable à une décision d'investissement peut toutefois permettre d'identifier, prévenir ou minimiser certains risques, voire influencer sur la façon dont un client gère ces mêmes risques. Les pratiques des institutions financières en la matière sont toutefois encore très variées et le degré d'influence réelle qu'elles peuvent exercer sur leurs clients est difficilement évaluable⁴.

La Société financière internationale (IFC), agence du Groupe de la Banque mondiale responsable de stimuler le rôle du secteur privé dans les projets de développement⁵, est un chef de file reconnu en ce qui concerne l'élaboration de politiques de financement responsable. Son Cadre de durabilité, qui articule les grandes lignes de sa stratégie à cet égard, englobe une Politique de durabilité environnementale et sociale, des Normes de performance à l'intention des entreprises avec lesquelles elle fait affaire, ainsi

¹ Christophe COLLARD, Catherine DELHAYE, Henry-Benoît LOOSDREGT et Christophe ROQUILLY, *Risque juridique et conformité. Manager la compliance*, Collection Lamy conformité, Paris, Éditions Lamy, 2011, p. 199: « Il ne peut plus être question pour une entreprise de ne pas prendre au sérieux ses performances sociétales et environnementales. »

² Voir: SUSTAINABLE FINANCE ADVISORY, *Environmental and Social Risk Due Diligence in the Financial Sector. Current Approaches and Practices*, Report Commissioned by the Netherlands in support of the Proactive Agenda of the OECD Working Party on Responsible Business Conduct, 2013, en ligne: <http://mneguidelines.oecd.org/globalforumnonresponsiblebusinessconduct/2013_WS1_1.pdf> (consulté le 7 septembre 2017).

³ INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION, *Moving Forward with Environmental and Social Risk Management. Findings from IFC Country Baseline Surveys*, Washington, IFC, 2014, p. 7.

⁴ Voir: SUSTAINABLE FINANCE ADVISORY, préc., note 2, p. 49 et suiv.

⁵ Les autres institutions du Groupe de la Banque mondiale sont: la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD); l'Association internationale de développement (IDA); l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA); et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Voir: BANQUE MONDIALE, en ligne: <<http://www.banquemondiale.org/fr/about>> (consulté le 7 septembre 2017).

qu'une Politique d'accès à l'information⁶. Les Normes de performance de l'IFC décrivent les standards de conduite en matière environnementale et sociale auxquels une entreprise cliente doit se conformer pendant toute la durée d'un investissement⁷. Elles sont fréquemment reprises et intégrées dans les processus de diligence environnementale et sociale élaborés par d'autres institutions financières⁸ et ont largement inspiré le contenu des *Principes de l'Équateur*⁹, un cadre de référence en matière de gestion environnementale et sociale adopté par de grandes institutions financières internationales du secteur privé¹⁰.

Malgré leur large diffusion au sein de l'industrie financière, les Normes de performance, en raison de la rareté des études en la matière, ont reçu beaucoup moins d'attention que d'autres instruments adoptés par des organisations internationales visant eux aussi à réguler la conduite des entreprises¹¹. Pourtant, dans le contexte des discussions sur la responsabilité sociale des entreprises, elles apparaissent comme un instrument de régulation distinctif. En effet, si la gestion des risques environnementaux et sociaux est souvent associée à des obligations de droit souple, c'est-à-dire non contraignantes sur le plan juridique strict, dans le contexte des

⁶ IFC, *Sustainability. Overview*, en ligne: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/topics_ext_content/ifc_external_corporate_site/ifc+sustainability/our+approach/risk+management/ifcsustainabilityframework_2012> (consulté le 7 septembre 2017).

⁷ IFC, *Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale*, 1^{er} janvier 2012, en ligne: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/38fb14804a58c83480548f8969adcc27/PS_French_2012_Full-Documents.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après citées « Normes de performance »).

⁸ SUSTAINABLE FINANCE ADVISORY, préc., note 2, p. 21 et 24.

⁹ *Equator Principles*, en ligne: <<http://www.equator-principles.com/>> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après cités « Principes de l'Équateur »).

¹⁰ Franz Christian EBERT et Anne POSTHUMA, *Labour Standards and Development Finance Institutions: A Review of Current Policies and Activities*, Genève, International Labour Organization, International Institute for Labour Studies, Discussion Paper no 204, 2010, p. 3. Actuellement, 84 institutions financières ont adopté les *Principes de l'Équateur*.

¹¹ Par exemple: OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Éditions OCDE, 25 mai 2011, en ligne: <http://www.oecd-ilibrary.org/governance/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises-multinationales_9789264115439-fr> (consulté le 7 septembre 2017) et les *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies)*, Rés. 17/4, Doc. N. U. HR/PUB/11/4 (16 juin 2011) (ci-après cités « Principes directeurs de l'ONU »).

opérations de l'IFC, les Normes de performance énoncées par le Cadre de durabilité sont intégrées dans les ententes d'investissement ou de services conclues avec les clients et deviennent ainsi de véritables obligations contractuelles liant les parties. De prime abord, on pourrait en conclure que le client est ainsi soumis au devoir de se conformer aux Normes de performance de l'IFC. On peut toutefois s'interroger sur les effets concrets de l'intégration des Normes de performance dans le contrat d'investissement. Dans quelle mesure permet-elle de contraindre l'entreprise cliente à respecter les Normes environnementales et sociales élaborées par l'IFC? Quels sont les recours accessibles aux communautés affectées et aux travailleurs qui subiraient les conséquences négatives d'un défaut de l'entreprise cliente de respecter les modalités environnementales et sociales de son contrat de financement avec l'IFC?

Afin de jeter un éclairage sur les implications du système de « gouvernance par contrat »¹² mis en place par l'IFC pour gérer les risques environnementaux et sociaux, la première partie de ce texte présentera les modalités de l'encadrement contractuel de la gestion des risques environnementaux et sociaux prévus dans le Cadre de durabilité environnementale et sociale et les Normes de Performance de l'IFC. La deuxième partie s'attardera aux effets de ce cadre normatif sur les parties à l'entente de financement de même que sur les communautés et travailleurs affectés par le projet financé.

I. Le Cadre de durabilité de l'IFC, les Normes de performance et la gouvernance contractuelle des risques environnementaux et sociaux

La Société financière internationale est une institution multilatérale dont la mission est de fournir des services financiers à des entreprises privées dans les pays en développement, dans les régions ou secteurs pour

¹² Nous reprenons ici les termes utilisés par Cradden, Graz et Pamingle dans l'une des rares études sur l'impact des Normes de performance: CONOR CRADDEN, JEAN-CHRISTOPHE GRAZ et LUCIEN PAMINGLE, *Governance by Contract? The Impact of the International Finance Corporation's Social Conditionality on Worker Organization and Social Dialogue*, Working Paper, Université de Lausanne, Institut d'études politiques, historiques et internationales, mars 2015, en ligne: <http://www.snis.ch/system/files/3296_final_wp_governancebycontract_final_working_paper_1.pdf> (consulté le 7 septembre 2017).

lesquels l'accès aux capitaux est difficile¹³, notamment dans les pays les plus pauvres ou les zones touchées par des conflits¹⁴. Ses activités comprennent des services d'investissements, de conseils et de gestion des actifs¹⁵. Les sommes qu'elle investit sont substantielles, totalisant près de 18 milliards de dollars au cours de l'exercice financier 2015¹⁶ et plus de 22 milliards de dollars pour celui de 2014¹⁷, faisant ainsi d'elle la « [p]lus grande institution mondiale d'aide au développement intervenant auprès du secteur privé. »¹⁸ L'IFC poursuit ainsi plusieurs objectifs de développement, dont la stimulation de la croissance économique¹⁹, l'éradication de la pauvreté²⁰, l'amélioration des conditions de vie et d'emploi²¹, ou encore la progression de la situation économique des femmes²². Tout comme l'ensemble du Groupe de la Banque mondiale, elle demeure néanmoins une institution

¹³ Selon l'article 1 (i) des Statuts de l'IFC, l'organisation financera les entreprises « lorsque le capital privé ne pourra être trouvé à des conditions raisonnables ». IFC, *Statuts de la Société financière internationale* (modifiés au 27 juin 2012), en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c8246980484cb9ed9f61bf5f4fc3f18b/Articles_of_Agreement_French.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après cités « Statuts de l'IFC »), art. 1(i) et III, section 3 (i).

¹⁴ 184 pays sont membres de l'IFC. Voir : IFC, *IFC Governance*, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/about+ifc_new/ifc+governance/ourgovernance> (consulté le 7 septembre 2017). Ce sont eux qui fournissent les capitaux de l'institution. Le nombre de voix dont ils disposent dans la prise des décisions concernant l'organisation varie en fonction de leur souscription à son capital (Statuts de l'IFC, préc., note 13, art. IV, section 3).

¹⁵ IFC, *Essentiel. Secteur privé, facteur clé de développement. Opportunités, capitaux, croissance, impact*. Rapport annuel 2015 d'IFC, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/45fb8b804b30a44f924dfa4149c6fa94/French_2015AR.pdf?MOD=AJPERE> (consulté le 7 septembre 2017), p. 62-67 (ci-après cité « Rapport annuel 2015 d'IFC »).

¹⁶ *Id.*, p. 22.

¹⁷ IFC, *Des solutions à la hauteur des défis*, Rapport annuel 2014 d'IFC, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/06401a80467e556c838bbb9916182e35/AR2014_French.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après cité « Rapport annuel 2014 d'IFC »), p. 3 et 24.

¹⁸ Rapport annuel 2015 d'IFC, préc., note 15, p. 5.

¹⁹ *Id.*, p. 30.

²⁰ *Id.*, p. 28.

²¹ *Id.*, p. 48.

²² *Id.*, p. 50. Deux objectifs primordiaux sont identifiés : « mettre fin à l'extrême pauvreté d'ici 2030 » et « promouvoir une prospérité partagée dans chaque pays en développement ». Rapport annuel 2014 d'IFC, préc., note 17, message du Président du Groupe de la Banque mondiale et Président du Conseil des Administrateurs.

essentiellement commerciale, qui recherche la rentabilité et est autorisée à verser des dividendes à ses membres²³.

L'investissement dans des zones où l'accès au crédit est difficile implique non seulement un risque financier accru, mais également un potentiel d'impact significatif des investissements effectués sur le respect des droits fondamentaux. À titre d'exemple, les enjeux environnementaux et sociaux découlant de certains projets d'infrastructures financés par l'IFC peuvent être majeurs, particulièrement lorsqu'ils impliquent le déplacement de communautés locales. De façon générale, le Groupe de la Banque mondiale a été fréquemment critiqué pour sa réticence à prendre en compte le respect des droits fondamentaux dans ses décisions d'investissement²⁴. Bien qu'elle n'ait pas été épargnée par les critiques, l'IFC a entrepris de s'attaquer aux enjeux liés au développement durable au début des années 1990, avec au départ un intérêt limité aux questions environnementales. Sous la pression d'organisations non gouvernementales (ONG) et d'associations syndicales, elle a graduellement élargi le champ de ses préoccupations et développé des procédures de gestion des risques environnementaux et sociaux qui englobent plusieurs aspects touchant les droits fondamentaux²⁵. C'est en 2006 qu'elle a adopté son Cadre de durabilité environnementale et sociale incluant les Normes de performance, considérées à l'époque comme « le

²³ Meghan NATENSON, « The World Bank Group's Human Rights Obligations Under the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights », (2015) 33 *Berkeley Journal of International Law* 489, 508-509. Les Statuts de l'IFC prévoient spécifiquement le paiement de dividendes à ses membres : Statuts de l'IFC, préc., note 13, art. IV, section 12.

²⁴ Diobhán MCÍNERNEY-LANKFORD, « International Financial Institutions and Human Rights : Select Perspectives on Legal Obligations », dans Daniel D. BRADLOW et David B. HUNTER (dir.), *International Financial Institutions and International Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2010, p. 239-240. Le Groupe se retranche entre autres derrière l'interdiction qui lui est faite de s'ingérer dans les affaires politiques d'un membre. Voir M. NATENSON, préc., note 23, p. 506-507. Pour ce qui est plus spécifiquement de la Société financière internationale, voir : Statuts de l'IFC, préc., note 13, art. III, section 9.

²⁵ À titre d'exemple, sur l'intégration des préoccupations relatives aux droits fondamentaux des travailleurs dans les politiques du Groupe de la Banque mondiale et de l'IFC, voir : ITUC, *Labour Standards in World Bank Group Lending: Lessons Learned and Next Steps*, Brussels, International Trade Union Confederation, 2011, p. 9-14, en ligne : <https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/Labour_StandardsEN_2011_web.pdf> (consulté le 7 septembre 2017).

nouveau standard de référence en matière de gestion environnementale et sociale pour le secteur privé dans les pays en développement »²⁶.

La mise à jour du Cadre de durabilité de l'IFC en 2012 est intervenue à un moment où les attentes de la société envers les entreprises quant au respect des droits de l'homme et à l'exercice d'une diligence raisonnable en matière environnementale et sociale étaient devenues bien affirmées dans les *Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*²⁷. Si ces derniers répartissent les responsabilités respectives de l'État et des entreprises en matière de protection et de respect des droits de l'homme, ils sont moins explicites sur la responsabilité des investisseurs financiers quant à la gestion des risques d'atteintes aux droits fondamentaux générés par les activités de leurs clients²⁸. Certaines modifications apportées par l'IFC à son Cadre de durabilité en 2012 reflètent les grandes orientations qui se dégagent des Principes directeurs de l'ONU, mais, comme expliqué plus loin, sur certains points, le Cadre de durabilité est moins exigeant que ne le sont ces derniers.

Le Cadre de durabilité de l'IFC envisage l'exercice d'une diligence raisonnable environnementale et sociale pour les projets financés par l'institution comme une responsabilité partagée entre celle-ci et son client. Pour leur part, les Normes de performance établissent les conditions devant être respectées par le client (A), alors que la Politique de durabilité environnementale et sociale ainsi que la Politique d'accès à l'information énoncent les obligations de l'IFC en matière de diligence raisonnable environnementale et sociale (B). L'application des exigences contenues dans ces instruments permet de déterminer les conditions environnementales et sociales qui feront partie du contenu du contrat de financement liant les parties.

²⁶ Michael WARNER, « The New International Benchmark Standard for Environmental and Social Performance of the Private Sector in Developing Countries: Will it Raise or Lower the Bar? », ODI Opinions, February 2006 (notre traduction), en ligne: <<https://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/750.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017) .

²⁷ F. C. EBERT et A. POSTHUMA, préc., note 10.

²⁸ Radu MARES, « Business and Human Rights after Ruggie: Foundations, the Art of Simplification and the Imperative of Cumulative Progress », dans Radu MARES (dir.), *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights. Foundations and Implementation*, Leiden (Netherlands), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 1, aux p. 38-41.

A. Les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale

Les Normes de performance (NP) visent à guider les clients de l'IFC dans leur gestion des risques environnementaux et sociaux relatifs à un projet financé par cette dernière tout au long du contrat d'investissement. Elles établissent des conditions procédurales et substantielles pour le client sur huit enjeux distincts, mais interreliés. Elles se déclinent comme suit :

- NP1 : Évaluation et gestion des risques et des impacts environnementaux et sociaux
- NP2 : Main-d'œuvre et conditions de travail
- NP3 : Utilisation rationnelle des ressources et prévention de la pollution
- NP4 : Santé, sécurité et sûreté des communautés
- NP5 : Acquisition de terres et réinstallation involontaire
- NP6 : Conservation de la biodiversité et gestion durable des ressources naturelles vivantes
- NP7 : Peuples autochtones
- NP8 : Patrimoine culturel²⁹

La NP1 prévoit l'obligation pour le client de conduire une évaluation des risques environnementaux et sociaux ainsi que celle d'établir un système de gestion de ces risques³⁰. Elle est essentiellement procédurale et doit s'appliquer en prenant en considération l'ensemble des obligations contenues dans les autres Normes de performance qui « décrivent les risques et impacts environnementaux et sociaux potentiels auxquels il importe de porter une attention particulière »³¹. Malgré les importantes ramifications entre les Normes de performance, seule la NP1 « s'applique à tous les projets posant des risques ou ayant des impacts environnementaux et sociaux », les autres Normes de performance étant applicables en fonction des circonstances spécifiques du projet³².

²⁹ Normes de performance, préc., note 7, introduction, p. i.

³⁰ *Id.*, p. 3, par. 5. Les éléments constitutifs du Système de gestion environnementale et sociale (SGES) requis par la NP1 sont : « (i) énoncé de Politique; (ii) identification des risques et des impacts; (iii) programme de gestion; (iv) préparation et réponse aux situations d'urgence; (vi) engagement des parties prenantes; et (vii) suivi et évaluation. »

³¹ *Id.*, p. ii, par. 3.

³² *Id.*, p. ii, par. 4.

Les NP 2 à 8 contiennent des exigences substantielles pour le client relativement aux enjeux dont elles traitent. L'analyse détaillée de leur contenu dépasse la portée de cette étude³³. La NP1 mérite cependant une attention particulière puisqu'elle décrit les attentes de l'IFC envers son client quant à la gestion des risques environnementaux et sociaux et qu'elle relève ainsi de la conformité en entreprise. Elle s'apparente par ailleurs au processus de diligence raisonnable auquel les Principes directeurs de l'ONU invitent les entreprises à se conformer. Le processus prévu par la NP1 n'a toutefois pas la même envergure que celui préconisé par les Principes directeurs de l'ONU. En effet, le premier ne s'applique qu'au projet spécifique de l'entreprise cliente financé par l'IFC, alors que le second vise l'ensemble des activités d'une entreprise. Néanmoins, les NP tout comme les Principes directeurs de l'ONU sont basés sur une approche semblable, prônant une « hiérarchie » dans la gestion des risques et impacts, de façon à privilégier « la prévention des impacts plutôt que leur atténuation, ou l'indemnisation/contrepartie »³⁴. D'ailleurs, les mesures concrètes mises de l'avant par la NP1 afin de gérer les risques environnementaux et sociaux correspondent en grande partie à celles exposées dans les Principes directeurs de l'ONU quant à la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et en reflètent les grandes orientations.

³³ On peut cependant noter qu'elles ne représentent qu'un sous-ensemble des droits de l'homme que les Principes directeurs de l'ONU recommandent aux entreprises de respecter. Par ailleurs, des doutes ont été soulevés par certaines ONG quant à savoir si les NP 2 à 8 représentaient fidèlement les obligations contenues dans les instruments internationaux – conventions et traités – portant sur les sujets abordés par ces normes : CENTRE FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, BANK INFORMATION CENTER, BANKTRACK, OXFAM AUSTRALIA AND WORLD RESOURCES INSTITUTE, *The International Finance Corporation's Performance Standards and the Equator Principles: Respecting Human Rights and Remediating Violations?*, Submission to the U.N. Special Representative to the Secretary General on Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprise, August 2008, p. 6-7. Les NP font explicitement référence à plusieurs instruments internationaux, mais il n'est pas clair si elles le font de façon exhaustive et rigoureuse. Des Notes d'orientation détaillées servent de complément à chacune des Normes de performance, mais elles ne font pas partie du contrat d'investissement. Voir : IFC, *Notes d'orientation de l'International Finance Corporation: Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale*, 1^{er} janvier 2012, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/ee6bb2804c62a2399fb9dff81ee631cc/GN_French_2012_Full_Document.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après citées « Notes d'orientation »).

³⁴ Normes de performance, préc., note 7, p. 15, par. 14.

La NP1 prévoit tout d'abord l'obligation du client d'établir une politique générale définissant ses objectifs en matière de gestion des risques environnementaux et sociaux et de la communiquer « à tous les niveaux de son organisation »³⁵. Elle prévoit ensuite une série de mesures d'identification des risques et impacts. Sur ce point, il faut souligner que l'évaluation des risques environnementaux et sociaux par le client de l'IFC est envisagée dans les Normes de performance comme un processus dynamique, devant s'exercer de façon continue³⁶. On y précise que la procédure d'évaluation des risques doit être proportionnelle à l'ampleur des impacts négatifs potentiels et à la complexité des activités commerciales ou du projet projetés : « [l]a nature, l'échelle et l'emplacement géographique du projet détermineront la portée et le niveau des efforts consacrés au processus d'identification des risques et des impacts. »³⁷ Elle doit « s'appuyer sur des études de base environnementales et sociales récentes et suffisamment détaillées » et comprendre « l'évaluation de tous les risques et impacts environnementaux et sociaux pertinents du projet », dont les problématiques particulières traitées par les NP 2 à 8³⁸. Pour réaliser l'analyse des impacts et effectuer un exercice de diligence raisonnable, les clients sont invités à recourir à des professionnels compétents, provenant de l'interne comme de l'externe³⁹. Les Normes de performance, comme les Principes directeurs de l'ONU, insistent d'ailleurs sur l'importance pour l'entreprise de développer des capacités organisationnelles adéquates, de bien assigner les responsabilités relatives à la gestion des risques au sein de la structure de l'entreprise ainsi que de fournir les ressources humaines et financières nécessaires pour respecter leurs engagements en matière environnementale et sociale et de respect des droits de l'homme⁴⁰.

La NP1 prévoit également un processus détaillé d'implication des parties prenantes, qui comprend la divulgation de certaines informations aux communautés affectées⁴¹ et un processus de consultation dont la portée varie en fonction de l'ampleur des conséquences négatives sur le plan environnemental et social auxquelles les communautés sont exposées⁴². Lorsque

³⁵ *Id.*, p. 3, par. 6.

³⁶ *Id.*, p. 7, par. 23.

³⁷ *Id.*, p. 3, par. 7.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*, p. 7, par. 19.

⁴⁰ *Id.*, p. 6-7, par. 17-19; Principes directeurs de l'ONU, préc., note 11, art. 19.

⁴¹ Normes de performance, *id.*, p. 9, par. 29.

⁴² *Id.*, p.8-10, par. 26-28 et 30-31.

des peuples autochtones sont touchés par un projet, leur consultation a lieu en fonction des exigences de la NP7⁴³. Dans le cadre de l'évaluation des risques, le client doit également porter une attention particulière aux individus et communautés défavorisés ou vulnérables⁴⁴.

Lorsque certains enjeux environnementaux et sociaux sont soulevés dans le cadre de l'évaluation des risques, le client a l'obligation, en vertu de la NP1, de préparer des Plans d'action environnementale et sociale établissant les mesures à prendre pour y répondre adéquatement⁴⁵. Il doit également assurer le suivi et l'évaluation du système de gestion des risques et des mesures d'atténuation appliquées, notamment par le recours à des indicateurs de performance et aux services d'experts externes le cas échéant⁴⁶. Un rapport sur l'exécution des Plans d'action doit être soumis aux communautés affectées au moins une fois l'an⁴⁷. Quant aux mesures de réparation, la NP1 prévoit l'obligation pour le client d'appliquer des mesures correctives pour pallier les risques environnementaux et sociaux identifiés⁴⁸ et d'établir « un système de préparation et de réponse aux situations d'urgence »⁴⁹. Elle prévoit enfin l'obligation pour le client d'établir un mécanisme de règlement des griefs pour recevoir les communications des membres des communautés affectées par un projet quant aux impacts environnementaux et sociaux. Le but de ce système de plainte est de trouver une solution aux problèmes soulevés « en utilisant un processus de consultation compréhensible et transparent, approprié sur le plan culturel et facilement accessible sans imposer de coûts à la partie faisant part de ses préoccupations et sans l'exposer à des représailles »⁵⁰.

Malgré le détail des prescriptions énoncées dans la NP1, certains aspects du processus d'évaluation et de gestion des risques et des impacts environnementaux et sociaux qu'elle élabore sont sujets à amélioration, voire cri-

⁴³ *Id.*, p. 10, par. 32.

⁴⁴ *Id.*, p. 5 par. 12.

⁴⁵ *Id.*, p. 6, par. 16.

⁴⁶ *Id.*, p. 6, par. 16 et p. 7-8, par. 22-24.

⁴⁷ *Id.*, p. 11, part. 36.

⁴⁸ *Id.*, p. 7, par. 23.

⁴⁹ *Id.*, p. 7, par. 20: « [ce système vise à ce que le client] en collaboration avec des tierces parties appropriées, soit prêt à répondre de manière adéquate, en cas d'accidents ou d'urgences liés au projet, pour prévenir et atténuer tous dommages causés aux personnes et/ou à l'environnement ».

⁵⁰ *Id.*, p. 10, par. 35.

tiquables. Tout d'abord, on peut noter un manque d'indépendance du processus, puisqu'il est conduit par le client lui-même. Si le recours à des experts externes est envisagé, il est laissé à la discrétion de ce dernier. L'embauche de conseillers externes n'est en effet obligatoire qu'afin de vérifier les informations de suivi du client lorsqu'une activité financée comporte des impacts négatifs pouvant être considérables⁵¹. Ainsi, le client jouit d'une liberté appréciable dans l'identification des risques environnementaux et sociaux, l'élaboration des Plans d'action et la mise en place des procédures de suivi et d'évaluation.

Sur le plan de la transparence, la NP1 comporte plusieurs prescriptions quant à la divulgation de l'information aux communautés affectées. Cependant, contrairement aux Principes directeurs de l'ONU, elle n'oblige pas le client à rendre l'information disponible au grand public, mais seulement aux communautés affectées⁵². De plus, bien qu'un processus de consultation de ces dernières soit prévu et que la NP1 mentionne que le programme de gestion doit refléter leurs préoccupations, il n'est pas expressément requis que les Plans d'action soient soumis aux parties prenantes pour discussion avant leur adoption finale. Or, comme nous le verrons ultérieurement, les Plans d'action qui visent à combler les lacunes dans les opérations du client afin de les rendre conformes aux Normes de performance font partie du contrat de financement. Les communautés affectées devraient pouvoir participer au processus de développement des Plans d'action afin de s'assurer que leurs préoccupations soient adéquatement prises en compte.

En ce qui a trait à l'ampleur du processus d'évaluation et de gestion des risques, l'exercice de diligence raisonnable requis des clients de l'IFC leur impose essentiellement de prendre en compte les exigences contenues dans les Normes de performance 2 à 8. Or, outre les enjeux environnementaux et sociaux ciblés dans ces dernières, les projets financés par l'IFC sont susceptibles d'avoir des impacts sur d'autres droits fondamentaux dont elles ne traitent pas. Il est vrai que la NP1 précise que « [l]es entités poursuivant des activités économiques doivent respecter les droits humains, c'est-à-dire éviter de porter atteinte aux droits d'autrui et remédier aux impacts défavorables sur les droits humains que leurs activités

⁵¹ *Id.*, p. 7, par. 22.

⁵² *Id.*, p. 10, par. 34. Voir pour fins de comparaison les Principes directeurs de l'ONU, préc., note 11, art. 16d) et 21.

peuvent avoir causés ou favorisés.»⁵³ Toutefois, elle mentionne également que « [d]ans des cas déterminés présentant *des risques élevés, il peut peut-être être souhaitable* que le client complète son processus d'identification des risques et des impacts environnementaux et sociaux par l'exercice d'une diligence raisonnable axée sur les droits humains compte tenu des activités poursuivies.»⁵⁴ (Notre soulignement.) Ainsi, la diligence raisonnable demandée au client de l'IFC ne correspond pas complètement à celle qui est attendue des entreprises en vertu des Principes directeurs de l'ONU, qui vise minimalement les droits « figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail »⁵⁵.

Il en est de même de l'étendue du processus d'identification des risques environnementaux et sociaux sur un plan organisationnel. Selon les Principes directeurs de l'ONU, la diligence raisonnable doit être exercée relativement aux activités propres de l'entreprise, mais également en ce qui a trait à ses relations commerciales, ce qui signifie qu'elle englobe l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement⁵⁶. Lorsque des enjeux relatifs au respect des droits de l'homme surviennent, on attend de l'entreprise donneuse d'ordres qu'elle intervienne auprès de ses partenaires en fonction de son degré *d'influence*⁵⁷. La NP1 demande plutôt à l'entreprise cliente de l'IFC d'intervenir lorsqu'elle exerce un certain *contrôle* sur les risques sociaux et environnementaux présents dans ses principales chaînes d'approvisionnement⁵⁸. Il s'agit là d'une notion plus restrictive que celle qui est utilisée dans

⁵³ Notes de performance, *id.*, p. 1, art. 3. Dans la Note d'orientation 1 relative à la NP1, on reconnaît par ailleurs que les clients « peuvent être amenés à identifier certains impacts et risques particuliers non couverts par les Normes de performance 2 à 8. [...] La prise en compte des aspects environnementaux et sociaux dans le cadre d'une évaluation globale du projet, permettra aux clients d'articuler l'ensemble des risques et des avantages du projet et de fonder ses décisions. » Notes d'orientation, préc., note 33, Note d'orientation 1, par. NO17. Comme mentionné précédemment, les Notes d'orientation ne sont pas intégrées à l'entente de financement et leur respect n'est donc pas une obligation contractuelle pour le client.

⁵⁴ Notes de performance, *id.*, p. 4, par. 7, note infra-paginale 12.

⁵⁵ Principes directeurs de l'ONU, préc., note 11, art. 12.

⁵⁶ *Id.*, art. 17 a) et 18.

⁵⁷ *Id.*, *Commentaire* de l'article 19.

⁵⁸ Normes de performance, préc., note 7, p. 4, par. 10. Le paragraphe 8 de la NP1 traite de la « zone d'influence du projet », mais ces termes réfèrent aux composantes physiques, aux aspects matériels et aux installations reliées au projet plutôt qu'à la chaîne d'ap-

les Principes directeurs de l'ONU⁵⁹. Les deux textes prévoient que l'entreprise donneuse d'ordres puisse se trouver dans une situation où elle doit envisager de mettre fin à une relation contractuelle en raison de la persistance de certaines violations des droits de l'homme par ses partenaires commerciaux⁶⁰. Toutefois, les exigences des Normes de performance sur ce point sont très faibles, car elles ne visent sur le plan environnemental que les risques relatifs à la conservation de la biodiversité (NP6)⁶¹ et sur le plan social l'incidence de risques élevés de travail des enfants ou de travail forcé, et de risques élevés d'importants problèmes de sécurité pour les travailleurs (NP2)⁶². Les exigences des Normes de performance en matière de main-d'œuvre et de conditions de travail dans les chaînes d'approvisionnement du client sont donc en deçà des normes minimales prévues à la *Déclaration de 1998 de l'OIT sur les principes et droits fondamentaux au travail*⁶³. Il s'agit là d'une des faiblesses flagrantes des Normes de performance.

provisionnement du client: NP1, *id.*, p. 4, par. 8. Certaines des autres normes de performance réfèrent à la fois à la notion de contrôle et d'influence. Voir notamment la NP6. *id.*, p. 8, par. 30.

- ⁵⁹ Le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, le père des Principes directeurs de l'ONU, signalait d'ailleurs ce fait dans une lettre adressée à Guy Rider, directeur de l'Organisation internationale du Travail, dans laquelle il critiquait l'utilisation du terme « contrôle » dans un rapport récent de l'OIT sur la diligence raisonnable dans les chaînes d'approvisionnement. John RUGGIE, *Shift, Putting Principles into Practice*, John Ruggie Letter to ILO Director General Guy Ryder, 30 Mai 2016, en ligne: <<https://business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Ruggie-letter-Ryder-30-May-2016.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017).
- ⁶⁰ Principes directeurs de l'ONU, préc., note 11, *Commentaire* de l'article 19; Normes de performance, préc., note 7, p. 4, par. 10.
- ⁶¹ Normes de performance, *id.*, p. 8, par. 30. Le paragraphe 30 NP6 prévoit des exigences particulières pour l'évaluation des fournisseurs lorsque le client utilise des produits « dont on sait qu'ils sont produits dans des régions où il existe un risque important de conversion d'habitats naturels et /ou critiques ». On y mentionne que « [l]a capacité du client à éliminer entièrement ces risques sera fonction de son niveau de contrôle sur la gestion ou de l'influence qu'il exerce sur ses fournisseurs primaires ».
- ⁶² *Id.*, p. 6, par. 27-29. La NP2 sur la main-d'œuvre et les conditions de travail prévoit plus spécifiquement que lorsqu'un client n'est pas en mesure de faire face à certains risques sociaux dans sa chaîne d'approvisionnement, il « réoriente au fil du temps la chaîne d'approvisionnement primaire du projet vers des fournisseurs pouvant établir qu'ils se conforment à la présente Norme de performance ».
- ⁶³ OIT, *Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi*, adoptée par la Conférence internationale du travail à sa 86^e session, Genève, 1998, en ligne: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declara-

Par ailleurs, les Normes de performance ne sont pas limpides relativement à l'obligation du client d'offrir réparation aux personnes et communautés dont les droits ont été affectés par les activités reliées au projet financé par l'IFC. L'obligation de prendre des mesures correctives prévue à la NP1 comporte-t-elle l'obligation de réparer? Il s'agit d'une question importante puisque le troisième pilier du cadre de référence mis de l'avant par les Principes directeurs de l'ONU vise justement à assurer l'accès pour les victimes de violation des droits de l'homme à des voies de recours et à des réparations, bien que l'obligation principale à cet égard incombe aux États⁶⁴. On peut se demander, d'une manière connexe, si les mécanismes de règlement des griefs mis en place par les clients en vertu de la NP1 sont conformes aux critères d'efficacité établis par les Principes directeurs en la matière : être légitimes, accessibles, prévisibles, équitables, transparents, compatibles avec les droits, une source d'apprentissage permanent et fondés sur la participation et le dialogue⁶⁵. Évidemment, il s'agit là d'une question devant être analysée au cas par cas. Il semble important de citer la mise en garde soulignée dans les commentaires aux Principes directeurs : « [c]omme une entreprise ne peut pas légitimement à la fois faire l'objet des plaintes et déterminer unilatéralement leur issue, ces mécanismes devraient mettre l'accent sur les consensus obtenus par voie de dialogue. »⁶⁶

Il ressort de l'analyse qui précède que l'application des Normes de performance n'est pas effectuée par l'IFC de façon uniforme et varie en fonction des circonstances de chaque projet, selon les risques sociaux et environnementaux particuliers qu'il implique. L'étude de la NP1 révèle que le client joue un rôle central dans l'identification et la gestion de ces risques. Toutefois, l'IFC assume également d'importantes obligations à cet égard, dont celle d'exercer une diligence raisonnable environnementale et sociale. Ce n'est qu'à l'issue de cet exercice que les conditions du contrat de financement sont établies.

tion/documents/publication/wcms_467654.pdf> (consulté le 7 septembre 2017). Les quatre droits affirmés par cette Déclaration sont : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.

⁶⁴ Principes directeurs de l'ONU, préc., note 11, art. 25.

⁶⁵ *Id.*, art. 31.

⁶⁶ *Id.*, commentaires de l'art. 31.

B. L'exercice par l'IFC d'une diligence raisonnable en matière environnementale et sociale

Lorsqu'elle est sollicitée pour appuyer financièrement un projet, l'IFC est tenue, en vertu de sa Politique de durabilité environnementale et sociale, de procéder à un exercice de diligence raisonnable visant à identifier les risques environnementaux et sociaux reliés aux activités envisagées⁶⁷. Cet exercice est intégré à l'évaluation préalable globale du projet et des risques qu'il comporte sur le plan financier⁶⁸. Il joue un rôle déterminant dans la décision de financement⁶⁹. Notons d'entrée de jeu que l'IFC s'abstient systématiquement de financer certains types d'activités qu'elle a préalablement déterminées⁷⁰ et qu'elle évite de s'associer à des projets qui comportent « le risque d'être complice de violations graves des droits de l'homme »⁷¹. L'évaluation des risques et impacts d'une activité proposée permet à l'IFC de déterminer si elle peut « contribuer au développement du pays hôte et profiter de manière générale aux parties prenantes pertinentes sur le plan économique, social et/ou environnemental »⁷².

La diligence raisonnable environnementale et sociale exercée par l'IFC comporte habituellement les quatre étapes suivantes :

- (i) l'examen de toutes les informations, écritures et documents disponibles concernant les risques et impacts environnementaux et sociaux de l'activité commerciale; (ii) les inspections sur le site et entretiens avec les employés du client et les parties prenantes pertinentes, si nécessaire; (iii) l'analyse de la performance environnementale et sociale de l'activité commerciale par référence aux exigences des Normes de performance et des dispositions des

⁶⁷ IFC, *Politique de durabilité environnementale et sociale*, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c240e2804a58cfbc80818f8969adcc27/SP_French_2012.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017), p. 5, par. 20 (ci-après citée « Politique de durabilité environnementale et sociale »). L'obligation d'exercer une diligence raisonnable environnementale et sociale s'applique à toutes les activités de l'IFC. Toutefois, les exigences de cet exercice varient légèrement en fonction du genre d'activités visées : investissements directs ; investissements réalisés par le biais d'intermédiaires financiers ; et services conseils. Les règles présentées dans ce texte sont celles relatives aux investissements directs.

⁶⁸ *Id.*, p. 5, par. 21.

⁶⁹ *Id.*, p. 2, par. 7.

⁷⁰ *Id.*, p. 5, par. 19. Par exemple, figurent sur la liste d'exclusion la production ou le commerce des armes ainsi que la production ou le commerce du tabac : IFC, préc., note 6.

⁷¹ *Politique de durabilité environnementale et sociale*, préc., note 67, p. 5, par. 23.

⁷² *Id.*, p. 5, par. 19.

Directives sur l'environnement, la santé et la sécurité du Groupe de la Banque mondiale ou de toute autre source agréée au plan international, si nécessaire; et (iv) l'identification de toute carence en la matière, ainsi que des mesures et des actions supplémentaires nécessaires en plus de celles établies dans le cadre des pratiques de gestion mises en place par le client.⁷³

Ainsi, le processus de diligence raisonnable comprend l'analyse de l'information fournie par le client – dont l'évaluation des risques environnementaux et sociaux effectuée par ce dernier –, l'examen du projet au regard des Normes de performance, et la conception de Plans d'action visant à remédier aux carences identifiées. Les employés de l'IFC peuvent aussi entrer en contact avec le client et les parties prenantes, lorsque cela s'avère approprié. Dans le cas où le client devrait procéder à un exercice de « consultation et participation éclairée » avec les parties prenantes en raison des conséquences néfastes potentiellement importantes du projet pour les communautés affectées ou les Peuples autochtones⁷⁴, l'IFC a aussi l'obligation de s'assurer que le client remplit bien ses obligations à cet égard, que le processus de consultation permet la participation effective des communautés affectées et qu'il est conduit de manière à ce qu'il puisse susciter l'adhésion des parties prenantes au projet considéré⁷⁵.

Lorsque le processus de diligence raisonnable en matière environnementale et sociale est complété, le projet à l'étude reçoit un classement reflétant l'ampleur des risques et des impacts⁷⁶. Les projets pour lesquels des risques moyens à élevés (catégorie B) ou encore significatifs (catégorie A) ont été identifiés doivent être réalisés en tenant compte des Normes de Performance⁷⁷. Des obligations de divulgation de l'information par l'IFC sont également associées à ces projets⁷⁸. Préalablement à l'approbation d'un financement, l'IFC doit rendre public un résumé de l'examen environnemental et social qui comprend, entre autres, la justification de la catégorisation du projet, la description des principaux risques environnementaux et sociaux et les mesures d'atténuation envisagées, dont les Plans d'action

⁷³ *Id.*, p. 7, par. 28.

⁷⁴ *Id.*, p. 7, par. 30.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*, p. 9, par. 40.

⁷⁷ *Id.*, p. 1, par. 1.

⁷⁸ IFC, *Société financière internationale, Politique d'accès à l'information*, 1^{er} janvier 2012, p. 10, par. 30 j), en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/379254804a586c65b2fbf8969adcc27/AIP_French_2012.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après citée « Politique d'accès à l'information »).

environnementaux et sociaux⁷⁹. Ce résumé doit être rendu public 60 jours avant la prise en compte du projet par le Conseil d'administration de l'IFC, dans le cas où des risques environnementaux et sociaux potentiels significatifs auraient été identifiés, et 30 jours avant cette prise en compte dans le cas de projets ayant des impacts environnementaux et sociaux potentiels limités⁸⁰. La Politique d'accès à l'information prévoit par ailleurs la possibilité d'une divulgation anticipée de l'évaluation des impacts environnementaux et sociaux préparée par le client [EIES] « [p]our les projets ou les investissements qui pourraient potentiellement avoir des risques et/ou impacts environnementaux ou sociaux négatifs »⁸¹. Dans ces cas, l'IFC tente « de donner accès à la version préliminaire de l'EIES préparée par le client avant même que l'IFC n'ait terminé, voire dans certains cas, n'ait même commencé son évaluation de l'investissement ».

Le processus de diligence raisonnable de l'IFC vise ainsi à identifier les exigences environnementales et sociales particulières qui seront applicables à un financement donné. Le fait qu'une activité commerciale proposée ne respecte pas l'ensemble des Normes de performance au moment de l'évaluation environnementale et sociale n'entraîne pas nécessairement un refus de financement de la part de l'IFC. En effet, le projet proposé doit pouvoir « répondre aux exigences des Normes de performance dans un délai raisonnable »⁸². Lorsque certains enjeux environnementaux et sociaux sont identifiés, l'IFC peut ainsi demander au client potentiel de prendre certaines mesures – identifiées dans un Plan d'action environnementale et sociale – afin de s'assurer que les activités proposées deviennent conformes aux Normes de performance⁸³. Il peut s'agir d'une condition de déboursement du prêt, ou plus fréquemment d'une condition à réaliser dans le cours de l'investissement, dans un délai convenu entre l'IFC et le client. L'accord de financement identifie donc les Normes de performance applicables au projet et inclut les termes de chaque Plan d'action environnementale et sociale nécessaire pour répondre aux exigences de ces normes⁸⁴. Si la prise de mesures est une condition pour le déboursement du prêt, les fonds sont versés au client lorsqu'il respecte celle-ci.

⁷⁹ *Id.*, p. 11, par. 31.

⁸⁰ *Id.*, p. 12, par. 33 et 34.

⁸¹ *Id.*, p. 12, par. 36.

⁸² *Id.*, p. 5, par. 22.

⁸³ *Id.*, p. 7, par. 28.

⁸⁴ *Id.*, p. 6, par. 24.

Lorsqu'un accord de financement est conclu, l'IFC est responsable d'élaborer un programme de supervision des risques environnementaux et sociaux reliés aux activités du client, qui s'applique pendant tout le cycle de vie du projet financé⁸⁵. Elle assume aussi certaines obligations de divulgation de l'information, dont celles de mettre à jour le résumé de l'évaluation environnementale et sociale, de publier les Plans d'action environnementale et sociale établis après l'approbation de l'investissement, et de publier les rapports de suivi lorsque cela est requis par les Normes de performance⁸⁶. Rappelons que de son côté, le client est tenu de présenter un rapport annuel sur sa gestion des risques environnementaux et sociaux associés au projet et de mettre à jour tout Plan d'action environnementale et sociale applicable⁸⁷. Dans le cas où le client ferait défaut de respecter les exigences environnementales et sociales incluses dans l'accord de financement, l'IFC lui prêterait assistance afin de corriger les problèmes constatés. Toutefois, dans les cas où le client s'avère incapable ou réticent à se conformer, l'IFC «exercera les droits et les recours appropriés»⁸⁸. Ultimement, le client pourrait perdre le financement de l'institution.

La gestion des risques environnementaux et sociaux d'un projet financé par l'IFC est donc une responsabilité partagée entre cette dernière et son client. L'identification préliminaire des risques par les deux parties permet de déterminer les Normes de performance applicables et d'établir les Plans d'action nécessaires afin d'assurer qu'un projet soit en conformité avec ces normes. Les Normes de performance identifiées et les Plans d'action développés deviennent de véritables conditions de réalisation du contrat d'investissement. Mais quels sont les effets juridiques réels de ce mode de gestion des risques environnementaux et sociaux appliqué par l'IFC ?

II. Les effets juridiques de l'intégration des Normes de performance dans le contrat d'investissement

L'intégration des Normes de performance dans le contrat d'investissement conclu entre l'IFC et le client les rend théoriquement exécutoires.

⁸⁵ Politique de durabilité environnementale et sociale, préc., note 67, p. 11, par. 45.

⁸⁶ Politique d'accès à l'information, préc., note 78, p. 13, par. 41.

⁸⁷ Politique de durabilité environnementale et sociale, préc., note 67, p. 11, par. 45.

⁸⁸ *Id.*, p. 11, par. 45 et p. 6, par. 24.

Toutefois, comme expliqué précédemment, le cadre de durabilité laisse une flexibilité importante, d'abord au client dans l'application des Normes de performance, et ensuite à l'IFC dans l'exercice de recours à l'encontre d'un client dont les activités ne sont pas en conformité avec les exigences contenues dans les NP. De plus, la mise en œuvre des NP semble être envisagée par l'IFC essentiellement comme un processus de réalisation progressive. Peut-on alors considérer les NP comme des obligations contraignantes pour le client (A) ?

Bien que le contrat d'investissement puisse être une source de « droit dur » pour l'IFC et ses clients, ses effets sont toutefois relatifs à l'égard des communautés et travailleurs touchés par les projets financés. Ainsi, les tierces parties dont les droits pourraient être affectés par les activités d'un client de l'IFC qui irait à l'encontre des Normes de performance n'ont généralement pas de recours judiciaires pour forcer l'exécution du contrat conclu entre l'IFC et son client. Afin de pallier en partie cette situation, un mécanisme de révision indépendant – le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO) – a été créé par le Groupe de la Banque mondiale afin de permettre aux personnes affectées par les projets financés par l'IFC de porter plainte relativement aux impacts environnementaux et sociaux négatifs de ces projets. Il s'agit toutefois d'un mécanisme alternatif de règlement des différends et non d'un processus judiciaire. L'accès à une réparation pour les victimes par le biais de ce mécanisme n'est donc pas assuré (B).

A. Les Normes de performance : des obligations contraignantes pour le client ?

Le respect des huit Normes de performance n'est pas d'emblée imposé au client par l'IFC. C'est le processus d'identification des risques conduit par le client et l'exercice de diligence raisonnable effectué par l'IFC qui permettent de cibler les NP qui apparaissent pertinentes dans le cadre d'un projet et qui deviendront des conditions à respecter dans le cadre de l'entente de financement. Or, la portée de l'évaluation des risques par le client et l'IFC est elle-même fonction de l'ampleur des activités commerciales envisagées et donc variable selon le contexte propre à un projet particulier. Ainsi, il n'y a pas d'approche uniforme à l'application des Normes de performance, mais plutôt des exigences environnementales et sociales taillées sur mesure pour chaque projet.

Le client joue par ailleurs un rôle majeur dans la détermination des risques et impacts environnementaux d'une activité envisagée puisque son évaluation de ces risques en conformité avec la NP1 est l'un des éléments centraux de la diligence raisonnable de l'IFC. Cette situation apparaissait de façon évidente dans la version du Cadre de durabilité de 2006, qui prévoyait que la «revue» sociale et environnementale de la SFI était fondée sur l'évaluation fournie par le client⁸⁹. Le client exerçait ainsi une certaine mainmise sur la détermination des risques environnementaux et sociaux d'un projet. Cette situation a été corrigée dans la version de 2012 du Cadre de durabilité. On n'y réfère plus directement à l'évaluation du client comme base de la diligence raisonnable de l'IFC, mais plutôt à l'information et à la documentation disponible, ce qui inclut bien sûr, l'évaluation par le client, mais sans y être limité⁹⁰. Comme expliqué précédemment, les inspections sur les lieux d'un projet par l'IFC dans le cadre de la diligence raisonnable sont maintenant possibles, mais elles n'ont pas été expressément rendues obligatoires. Par ailleurs, on mentionne également que «l'IFC fait preuve de la diligence voulue pour déterminer la portée et la qualité du processus d'identification des risques et des impacts appliqué par ses clients au regard des exigences des Normes de performance, sur la base des informations qu'elle possède sur le pays, le secteur et l'entité parrainante»⁹¹.

⁸⁹ IFC, *Politique en matière de durabilité sociale et environnementale*, 30 avril 2006, en ligne: <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/e115310049800a62aa7cfa336b93d75f/Phase2_SustPolicy_French_Trackedchanges.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017), p. 3 par. 15. Selon ce paragraphe, la «revue» de l'IFC, comme on appelait alors le processus de diligence raisonnable, devait comprendre: «(i) les risques sociaux et environnementaux et les impacts du projet tels qu'évalués par le client; (ii) l'engagement et la capacité du client à gérer ces impacts attendus, y compris son système de gestion sociale et environnementale; et (iii) le rôle des tiers dans la conformité du projet avec les critères de performance». Certaines ONG avaient d'ailleurs décrié cette situation par laquelle la SFI déléguait à son client l'évaluation des risques environnementaux et sociaux: HALIFAX INITIATIVE COALITION, *One Step Forward, One Step Back, An analysis of the International Finance Corporation's Sustainability Policy, Performance Standards and Disclosure Policy*, May 2006, en ligne: <<http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/187db5004980088ca336f3336b93d75f/IFC-Analysis-HI-Final.pdf?MOD=AJPERES>> (consulté le 7 septembre 2017), p. 1.

⁹⁰ Selon le stade de développement du projet au moment où l'aide financière de l'IFC est sollicitée, l'information nécessaire à une évaluation sociale et environnementale complète peut ne pas être disponible, notamment lorsque certains éléments du projet restent à déterminer. *Politique de durabilité environnementale et sociale*, préc., note 67, p. 10-11, par. 41-43.

⁹¹ *Id.*, p. 4, par. 12.

C'est un regard critique nourri par le contexte général du projet que l'IFC doit porter sur l'évaluation des risques environnementaux et sociaux effectuée par le client. Bien que le Cadre de durabilité de 2012 envisage donc l'identification des risques environnementaux et sociaux davantage comme une responsabilité partagée entre la SFI et le client, l'influence que peut exercer ce dernier sur le processus de diligence raisonnable demeure néanmoins évidente⁹². Ainsi, le client est partie à la détermination des conditions environnementales et sociales de l'entente de financement – Normes de performance applicables et Plans d'actions – auxquelles il devra par la suite se conformer.

Il est également clair que l'IFC envisage le respect des Normes de performance comme un processus d'amélioration continue. En effet, comme mentionné précédemment, le respect de ces normes n'est pas un prérequis à la signature d'une entente de financement. Un certain degré de contravention aux NP peut ainsi être accepté par l'IFC dès le début d'une relation contractuelle et même toléré aussi longtemps que le client collabore à la réalisation des Plans d'action visant à le mener en conformité avec celles-ci. Le rôle de l'IFC est ainsi d'accompagner le client dans ses démarches pour atteindre les exigences énumérées dans les Normes de performance – du moins celles qui ont été identifiées comme pertinentes dans le cadre du projet – et de l'assister dans l'élaboration de mesures correctives. Ce n'est qu'ultimement, lorsque le client ne remédie pas à son défaut de respecter les conditions environnementales et sociales de l'entente de financement, que l'IFC «exercera les droits et les recours appropriés»⁹³. Le cadre de durabilité environnementale et sociale donne toutefois peu d'indices sur la façon dont l'IFC gère en pratique la mise en œuvre des engagements contractuels du client.

Une étude récente réalisée par Cradden, Graz et Pamingle sur l'impact du Cadre de durabilité de l'IFC sur le respect de la liberté d'association et du droit à la négociation collective pour les travailleurs – conditions prévues à la NP2 – procure un éclairage intéressant sur les enjeux liés à la mise en œuvre des NP par l'IFC⁹⁴. Leur recherche, couvrant 145 clients de l'IFC basés dans 8 pays sur 3 continents, conclut que les NP ont, dans la

⁹² La possibilité pour l'IFC d'influencer la gestion sociale et environnementale peut également dépendre du moment où son implication dans le cycle de vie du projet débute.

⁹³ Politique de durabilité environnementale et sociale, préc., note 67, p. 6, par. 24.

⁹⁴ C. CRADDEN, J.-C. GRAZ et L. PAMINGLE, préc., note 12.

meilleure des hypothèses, un impact très marginal sur la liberté d'association et le droit à la négociation collective des travailleurs engagés par les clients de l'institution⁹⁵. Parmi leurs constats, ils notent que si l'on observe un taux de syndicalisation plus élevé chez les clients de l'IFC⁹⁶, cela est attribuable au processus de sélection des clients (application du processus de diligence environnementale et sociale) plutôt qu'à la mise en œuvre des NP à la suite de la conclusion du contrat de financement⁹⁷. Dans le cadre d'entrevues avec des travailleurs embauchés par les clients visés par l'étude, les chercheurs ont également pu constater l'existence de pratiques anti-syndicales chez un nombre significatif de clients⁹⁸. Ils concluent donc à l'absence d'effectivité du système mis en place par les Normes de performance à prévenir les violations du droit d'association et de négociation collective⁹⁹.

Les chercheurs ont également pu constater que dans le cadre des projets financés visés par leur étude, peu de mesures de réparation demandées par l'IFC au client portaient sur la question des droits collectifs des travailleurs¹⁰⁰. Dans les cas où de telles mesures étaient requises, elles consistaient essentiellement pour le client à intégrer un engagement à respecter la liberté d'association dans leur politique de ressources humaines¹⁰¹. Les mesures demandées étaient donc de nature strictement procédurale et semblaient viser davantage, selon les auteurs, à satisfaire les attentes de l'IFC en vertu de ses politiques qu'à produire des impacts concrets pour les travailleurs¹⁰². Enfin, l'étude n'a pu démontrer d'impact des NP sur le climat de travail au sein des entreprises clientes puisque 94 % des travailleurs interrogés ignoraient l'existence de celles-ci et l'engagement de leur employeur à les respecter¹⁰³.

On ne peut généraliser les résultats négatifs de l'étude de Cradden *et al.* quant à la liberté d'association et au droit à la négociation collective

⁹⁵ *Id.*, p. 2.

⁹⁶ Les chercheurs procèdent à une comparaison de la densité syndicale entre leur échantillon de clients de l'IFC et un échantillon d'entreprises dont les données sont collectées par la Banque mondiale. Sur ce point, voir : *id.*, p. 12-14.

⁹⁷ *Id.*, p. 21.

⁹⁸ *Id.*, p. 14.

⁹⁹ *Id.*, p. 21.

¹⁰⁰ *Id.*, p. 17.

¹⁰¹ *Id.*, p. 18.

¹⁰² *Id.*, p. 21.

¹⁰³ *Id.*, p. 21.

protégés par la NP2 à l'ensemble des standards contenus dans les NP¹⁰⁴. La réflexion des auteurs sur le système de régulation de gestion des risques environnementaux et sociaux développé par l'IFC est toutefois plus largement applicable. Les chercheurs identifient trois enjeux primordiaux pour le système de gouvernance contractuelle qui encadre la mise en œuvre des Normes de performance: 1) la disponibilité de l'information; 2) l'interprétation des standards; et 3) la possibilité de conflits d'intérêts¹⁰⁵. Sur le plan de l'information, l'IFC doit évidemment connaître l'existence d'une violation des NP pour pouvoir prendre recours contre son client. Or, la faiblesse du système de suivi quant aux inspections et le peu de connaissances des Normes de performance par les travailleurs, mais aussi les communautés affectées, peut poser problème à cet égard. Si elle ne dispose pas de ses propres sources de renseignements et si les tierces parties sont ignorantes des droits et des mécanismes de griefs que leur accordent les Normes de performance, l'IFC dépend alors de l'information fournie par le client dans ses rapports annuels pour constater un manquement.

L'intervention de l'IFC auprès ou à l'encontre d'un client, que ce soit pour lui demander des mesures correctives ou exercer ses recours, dépend également de son interprétation de ce qui constitue une violation des NP. Dans l'étude de Cradden *et al.*, l'IFC et certains groupes de travailleurs avaient des visions différentes de ce que constituait le respect du droit à la liberté d'association¹⁰⁶. En l'absence d'un système de règlement des litiges indépendant, l'interprétation des Normes de performance dans un tel cas est laissée à l'IFC. Cette dernière peut enfin se retrouver dans une situation de conflit d'intérêts quant à l'application des Normes de performance¹⁰⁷. En effet, même si le client est en violation de ses engagements environnementaux et sociaux, la décision de l'IFC d'exercer ses recours sera prise en

¹⁰⁴ D'ailleurs certains cas d'étude plus ciblés et basés sur des analyses davantage qualitatives ont souligné que les interventions de l'IFC avaient eu un impact positif sur le respect de la liberté d'association et du droit à la négociation collective. Voir: F.C. EBERT et A. POSTHUMA, préc., note 10, p. 9. Toutefois, ces études ont aussi souligné que la présence préalable d'un syndicat chez le client ou au niveau local était un facteur crucial dans l'efficacité de la NP2: *id*; Peter BAKVIS et Molly McCoy, *Core Labour Standards and International Organizations: What Inroads has Labour made?*, Briefing Papers No 6 (Genf, Frierich Ebert Stiftung), en ligne: <<http://library.fes.de/pdf-files/iez/05431.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017).

¹⁰⁵ C. CRADDEN, J.-C. GRAZ et L. PAMINGLE, préc., note 12, p. 4.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 22.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 23.

fonction des termes du contrat d'investissement pris dans sa globalité, incluant les considérations financières, et non seulement en fonction des conditions environnementales et sociales. Les intérêts de l'IFC peuvent ainsi ne pas coïncider avec ceux des communautés et des travailleurs touchés par un projet, qui, bien que n'étant pas parties au contrat, sont ultimement les bénéficiaires des Normes de performance. Cette situation amène Cradden *et al.* à conclure : « [...] IFC's capacity to decide whether or not to enforce contractual conditions against its client is almost unlimited with no precise template for standards compliance and no independent process for the evaluation of claims of non-compliance »¹⁰⁸.

Au-delà de la volonté de l'IFC d'imposer le respect des Normes de performance à son client, les clauses du contrat de financement peuvent lui laisser très peu de marge de manœuvre pour exercer une influence sur ce dernier. Par exemple, le calendrier pour la réalisation des conditions environnementales et sociales et la mise en œuvre des Plans d'action afférents doit être bien intégré à celui relatif aux versements du prêt, puisque lorsque les fonds ont été entièrement déboursés, la capacité d'influence de l'IFC auprès du client devient très mince¹⁰⁹. La seule option disponible

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ Cette situation s'est présentée dans le cadre d'un prêt accordé par l'IFC à Avianca, une compagnie d'aviation colombienne. Pendant le processus de diligence raisonnable environnementale et sociale, aucune préoccupation relative à la NP2 n'avait été identifiée par le personnel de l'IFC. Toutefois, ayant été informée de plaintes à l'Organisation internationale du Travail concernant le respect de la liberté d'association par le client, l'IFC lui avait demandé d'effectuer une évaluation des risques relatifs à la NP2 avant tout déboursement du prêt. Or, cette évaluation a été remise après le premier déboursement, et le deuxième et dernier déboursement a été effectué avant que l'équipe de travail de l'IFC chargée de l'application du Cadre de durabilité environnementale et sociale n'ait donné son autorisation. À la suite du deuxième déboursement, des problèmes quant au respect de la liberté d'association ont été relevés et l'IFC a demandé au client de mettre en œuvre des Plans d'action pour remédier à la situation. Les discussions avec le client à ce sujet se sont étendues sur toute la durée du prêt (2009-2013). Comme le prêt avait été entièrement déboursé, les moyens de pression de l'IFC sur son client étaient faibles et elle craignait le remboursement anticipé du prêt par le client, ce qu'elle ne considérait pas financièrement avantageux pour elle. Le client a finalement remboursé le prêt deux ans avant l'échéance. Dans ce cas, plusieurs manquements par l'IFC à sa politique de durabilité environnementale et sociale ont été notés par le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO), dont les fonctions seront étudiées dans la prochaine section. Voir : CAO COMPLIANCE, *CAO Investigation of IFC Investment in Avianca S.A., Colombia, Case of Complaint from Global Unions on behalf of unions representing employees of Avianca*,

s'avère parfois le rappel du prêt – ce qui peut ne pas être financièrement avantageux pour l'IFC. Celle-ci doit alors faire un arbitrage entre son intérêt financier et l'importance du respect des Normes de performance.

La mise en œuvre contractuelle des Normes de performance dépend ainsi des positions, intentions et relations de pouvoir non seulement entre les parties au contrat, mais également entre celles-ci et les communautés affectées par le projet. Si ces dernières ne peuvent généralement demander l'exécution du contrat par les voies de recours judiciaires, elles ont à leur disposition un mécanisme particulier visant à promouvoir l'imputabilité de l'IFC: le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO).

B. Les recours devant le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO)

Le Bureau du conseiller-médiateur pour l'application des directives (CAO) a été créé en 1999 dans la foulée de critiques de la société civile dénonçant le manque d'imputabilité de l'IFC envers les communautés affectées par les projets qu'elle finançait¹¹⁰. Il s'agit d'une entité indépendante de l'IFC qui relève directement du président du Groupe de la Banque mondiale, une décision prise lors de sa constitution afin d'assurer son indépendance¹¹¹. Le CAO procure aux personnes et communautés affectées par un projet de l'IFC – ou de la MIGA – un mécanisme de plainte. Il vise également à promouvoir l'amélioration des impacts environnementaux et sociaux des activités financées par ces deux institutions¹¹². Afin

April 27, 2015, CAO Ref: C-I-R9-Y12-F165, en ligne: <<http://www.cao-ombudsman.org/cases/document-links/documents/CAOInvestigationReportAvianca-May182015.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017).

¹¹⁰ Sur l'historique de la création du CAO, voir: Benjamin M. SAPER, « The International Finance Corporation's Compliance Advisor/Ombudsman (CAO): An examination of Accountability and Effectiveness from a Global Administrative Law Perspective », (2012) 44 *International Law and Politics* 1279, 1288-1291.

¹¹¹ Plusieurs mesures sont d'ailleurs prises dans les Directives opérationnelles du CAO pour assurer son indépendance et son impartialité. Voir: GROUPE DE LA BANQUE MONDIALE, IFC, MIGA, CAO, *CAO Directives opérationnelles*, édition 2013, CAO, Washington, en ligne: <http://www.cao-ombudsman.org/documents/CAO_OpGuide_FRE_Final.pdf> (consulté le 7 septembre 2017) (ci-après citées « Directives opérationnelles »), section 1.3, p. 5.

¹¹² *Id.*, p. 4, par. 1.1.

d'assurer son mandat, il assume trois fonctions interreliées : celle de règlement des différends, celle d'enquête et celle de conseil¹¹³. Ce sont ses deux premiers rôles qui peuvent être interpelés dans le cadre de plaintes déposées par des individus ou communautés subissant les impacts environnementaux ou sociaux négatifs d'un projet financé par l'IFC ou MIGA¹¹⁴.

Tout individu ou groupe d'individus considérant qu'il est touché ou qu'il pourra être touché par les impacts environnementaux et sociaux d'un projet de l'IFC peut intenter un recours devant le CAO¹¹⁵. Le processus de plainte auprès du CAO vise à être accessible et flexible : hormis le fait que la plainte doit être soumise par écrit, les exigences procédurales sont minimales et le requérant n'a pas à invoquer un manquement précis aux Normes de performance par le client ou à la Politique de durabilité environnementale et sociale par l'IFC dans sa demande¹¹⁶. La procédure d'instruction d'une plainte débute avec un examen préliminaire de recevabilité. Trois conditions sont nécessaires pour qu'une plainte soit recevable :

[...]

1. elle porte sur un projet auquel IFC ou la MIGA participent ou auquel elles songent sérieusement à participer ;
2. les problèmes qui y sont soulevés relèvent du mandat du CAO d'atténuer les effets environnementaux et sociaux des projets d'IFC et de la MIGA ;
3. le requérant est ou risque d'être affecté par les effets environnementaux et/ou sociaux évoqués dans la plainte.¹¹⁷

¹¹³ *Id.*, p. 4, par. 1.2.

¹¹⁴ Dans cette section, nous référerons essentiellement à l'IFC, bien que les directives opérationnelles du CAO s'appliquent autant à cette dernière qu'à la MIGA, l'autre agence du Groupe de la Banque mondiale dont les activités sont orientées vers le secteur privé. Un autre mécanisme d'imputabilité est accessible au public pour les activités financées par la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD) et l'Association internationale de développement (IDA) : le Panel d'inspection de la Banque mondiale. Pour une analyse du fonctionnement de ce mécanisme et une comparaison avec d'autres processus similaires, dont le CAO, voir : Daniel D. BRADLOW, « Private Complainants and International Organizations: A Comparative Study of The Independent Inspection Mechanisms in International Financial Institutions », (2005) 36 *Georgetown Journal of International Law* 403.

¹¹⁵ Directives opérationnelles, préc., note 111, p. 10, par. 2.1.2. Le recours peut également être intenté par une organisation qui représente les individus ou communautés affectées, mais dans ce cas, la plainte doit « clairement identifier les personnes au nom desquelles la plainte est déposée ».

¹¹⁶ *Id.*, p. 12, par. 2.1.4.

¹¹⁷ *Id.*, p. 13, par. 2.2.1.

À la deuxième étape, lorsque la question de la recevabilité a été réglée, le CAO conduit une évaluation de la plainte afin de bien comprendre les enjeux soulevés¹¹⁸. Cette évaluation est également l'occasion pour le CAO de prendre contact avec le requérant et le client, d'identifier les communautés et les parties prenantes concernées et de leur expliquer ses différents rôles et responsabilités. Le CAO établit également si les parties désirent se prévaloir de sa fonction de règlement des différends ou d'enquête. Si les parties ne s'entendent pas pour entamer un processus de règlement des différends, la plainte est transférée à la fonction enquête¹¹⁹. À l'issue de l'évaluation de la plainte¹²⁰, le CAO doit rendre public un rapport d'évaluation comprenant un résumé des informations collectées pendant l'évaluation et la décision des parties de recourir à son rôle de règlement des différends ou d'enquête.

Lorsque le CAO exerce sa fonction de règlement des différends, il agit afin de faciliter la conclusion d'une entente mutuellement satisfaisante pour les parties prenantes, ce qui comprend minimalement le requérant et le client¹²¹. Il s'agit d'un processus non judiciaire, non accusatoire, qui procure un forum neutre aux parties. Dans l'exercice de ce rôle, le CAO cherche à « travailler directement avec les populations affectées par le projet » et « assure un traitement équitable des participants à une procédure de règlement des différends. »¹²². Il utilise différentes méthodes pour résoudre les enjeux découlant de la plainte, incluant la facilitation et l'échange d'informations; les recherches conjointes; le dialogue et la négociation; la médiation et la conciliation¹²³. Si un accord est conclu durant le processus, il contient les objectifs, la nature et les conditions de l'accord et peut mentionner des mesures de corrections afférentes ainsi qu'un calendrier de réalisation¹²⁴. Le CAO assure le suivi de l'accord, appuie les parties dans sa mise en œuvre et publie les résultats sur son site Web¹²⁵. Lorsqu'une plainte est classée, le CAO publie un rapport de conclusion qui souligne les diffé-

¹¹⁸ *Id.*, p. 13, par. 2.3.

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ Le délai pour le processus d'évaluation est de 120 jours à partir du moment où la plainte a été considérée recevable, *id.*

¹²¹ *Id.*, p. 18, par. 3.1.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.*, p. 18, par. 3.2.1.

¹²⁴ *Id.*, p. 19, par. 3.2.2.

¹²⁵ *Id.*, p. 18, par. 3.2.3.

rentes étapes du processus, indique les résultats obtenus et explique les raisons de la fermeture du dossier¹²⁶.

La mission du CAO n'est pas d'évaluer si le client de l'IFC a contrevenu à ses obligations contractuelles en faisant défaut de respecter les conditions des Normes de performance identifiées dans l'accord de financement. Les directives opérationnelles du CAO n'établissent aucune procédure lui permettant de déterminer la responsabilité d'un client quant aux impacts environnementaux et sociaux causés par un projet financé par l'IFC et d'offrir en corolaire une réparation aux victimes. La volonté du client d'entreprendre des discussions avec le CAO et le requérant sur les enjeux environnementaux et sociaux soulevés dans une plainte est ainsi indispensable à toute résolution d'un litige. Si le client refuse de prendre part au processus de règlement des différends, le CAO transfère le dossier au service d'enquête.

Lorsque le CAO exerce sa fonction d'enquête, il évalue la manière dont l'IFC a exercé sa diligence raisonnable environnementale et sociale et appliqué ses directives en la matière dans le cadre des projets financés¹²⁷. Si le CAO s'intéresse aux agissements de l'IFC dans le cadre de ce processus et non à ceux de son client, il peut néanmoins lui être nécessaire d'examiner les activités du client et leurs impacts pour évaluer la performance de l'IFC. La fonction d'enquête est exercée lorsqu'une plainte est transférée du département de règlement des différends, mais peut aussi être initiée par le vice-président du CAO ou encore le président ou la haute direction de l'IFC¹²⁸. L'enquête par le CAO comprend deux étapes : 1) la procédure d'examen préalable à une enquête ; 2) la procédure d'enquête sur l'application des directives.

L'examen préalable vise à déterminer si un dossier mérite une enquête. Seuls les projets qui soulèvent des préoccupations importantes quant à leurs impacts environnementaux et sociaux ou des « problèmes de nature systémique » pour l'IFC peuvent faire l'objet d'une enquête. Afin de décider de la pertinence d'ouvrir une enquête, le CAO examine dans quelle mesure :

¹²⁶ *Id.*, p. 19, par. 3.2.4.

¹²⁷ *Id.*, p. 22, par. 4.1.

¹²⁸ *Id.*, p. 22, par. 4.2.1.

[...]

- des éléments prouvent la réalité, actuelle ou future, d'effets environnementaux et sociaux négatifs potentiellement importants;
- certains éléments indiquent qu'une politique ou d'autres critères d'évaluation n'ont peut-être pas été respectés ou appliqués convenablement par IFC ou la MIGA;
- des éléments indiquent que les dispositions prévues par IFC ou la MIGA, qu'elles aient été respectées ou non, n'ont pas permis d'assurer un niveau de protection suffisant.¹²⁹

Durant l'examen, le CAO approche les membres du personnel de l'IFC impliqués dans le dossier à l'étude et les autres parties prenantes afin de bien saisir la façon dont les politiques environnementales et sociales ont été mises en œuvre et si une enquête s'avère être appropriée. À la fin de cette étape, un rapport d'évaluation est publié par le CAO¹³⁰.

Lorsqu'une enquête est recommandée, le CAO forme un groupe d'enquête composé d'experts compétents, indépendants et impartiaux¹³¹ et élabore les termes de référence de l'enquête¹³². Les objectifs du processus sont de déterminer si :

[...]

- les effets environnementaux et/ou sociaux observés sont conformes, ou bien contraires, aux résultats recherchés par les dispositions prescriptives;
- l'incapacité à remédier aux problèmes environnementaux et/ou sociaux dans le cadre du processus d'examen a eu des effets contraires aux résultats recherchés par les dispositions prescriptives.¹³³

Les méthodes d'enquête peuvent inclure « l'étude de documents, la conduite d'entretien, l'observation d'activités et de situations, et d'autres moyens appropriés. »¹³⁴ Un rapport d'enquête est préparé et sa version préliminaire est soumise à l'IFC afin de vérifier l'exactitude des faits et de

¹²⁹ *Id.*, p. 23, par. 4.2.1.

¹³⁰ *Id.*, p. 23, par. 4.2.2.

¹³¹ *Id.*, p. 24, par. 4.4.4.

¹³² *Id.*, p. 24, par. 4.4.3.

¹³³ *Id.*, p. 24, par. 4.4.2.

¹³⁴ *Id.*, p. 23, par. 4.3.

recueillir des commentaires¹³⁵. Par la suite, le rapport est finalisé et rendu public par le service d'enquête du CAO. Lorsque le rapport conclut que l'IFC a contrevenu à ses politiques, le CAO assure un suivi du dossier jusqu'à ce que l'institution prenne les mesures nécessaires pour corriger les manquements¹³⁶.

En fonction de ce qui précède, peut-on dire que le CAO remplit les critères d'efficacité prévus dans les Principes directeurs de l'ONU en ce qui a trait aux mécanismes de réclamation non judiciaires? Une étude récente de la question en vient à des conclusions partagées:

Overall, based on Guiding Principle 31's seven effectiveness criteria, both the Inspection Panel and the CAO have several characteristics of an effective mechanism: they are accessible to communities before a harm has occurred, they strike a good balance between promoting transparency and respecting complainants confidentiality, and they have the potential to promote institutional learning. The CAO has additional characteristics of an adequate mechanism: it does not require complainants to pursue any other redress mechanism first, and it allows for complaints by individuals, rather than only communities. But both mechanisms are also lacking in several areas. Neither mechanism is fully rights-compatible or has perfect legitimacy. Both mechanisms may only promote institutional learning in limited circumstances. In addition, the Inspection Panel meets fewer criteria than the CAO, namely predictability, accessibility and equitability.¹³⁷

Parmi les critiques les plus pertinentes de l'analyse, notons le fait que l'accessibilité au CAO est entachée par l'ignorance de son existence par les individus et les communautés affectés, un enjeu dont le CAO est toutefois bien conscient et face auquel il a entrepris différentes mesures d'information et de sensibilisation.

Sur le plan pratique, depuis sa création, le CAO a reçu plus de 150 plaintes provenant d'au moins 46 pays, sur l'ensemble des enjeux touchés par les Normes de performance¹³⁸. Si au départ, il traitait davantage les cas déposés devant lui par le biais de son rôle de résolution des litiges,

¹³⁵ *Id.*, p. 25, par. 4.4.5

¹³⁶ *Id.*, p. 22, par. 4.4.6.

¹³⁷ M. NATENSON, *préc.*, note 23, p. 524.

¹³⁸ CAO, *CAO Annual report 2015. Fifteen Years of Impact*, Washington, 2015, p. 71, en ligne: <http://www.cao-ombudsman.org/publications/documents/CAO_Annual_Report_2015.pdf> (consulté le 7 septembre 2017).

depuis 2011, le nombre de cas dans lesquels sa fonction d'enquête a été sollicitée a augmenté de façon significative¹³⁹. Lorsqu'il exerce sa fonction de résolution des différends, le CAO porte une attention particulière à la capacité des parties de prendre part de façon effective au processus et vise à améliorer leurs compétences à cette fin¹⁴⁰. Il les accompagne dans la recherche d'une solution adaptée aux situations locales¹⁴¹. Le processus de règlement des différends et l'implication du CAO auprès des parties peuvent s'étendre sur de nombreuses années. Dans plusieurs cas, l'intervention du CAO a permis aux individus et communautés affectés de faire valoir leurs préoccupations, de participer à un dialogue avec le client et de concevoir conjointement des solutions à leurs préoccupations¹⁴². Le CAO semble donc adopter une approche axée sur le développement, qui s'intéresse tant au processus qu'aux résultats¹⁴³. Ce processus n'implique toutefois aucunement une admission de responsabilité de la part du client et, comme mentionné précédemment, le CAO ne se prononce pas sur le manquement du client à ses obligations au regard des Normes de performance. Le CAO s'apparente donc aux processus de résolution alternatifs de règlements des différends dont l'objectif est de résoudre les conflits reliés aux respects des droits de l'homme par les entreprises¹⁴⁴.

¹³⁹ *Id.*, p. 73.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 20.

¹⁴¹ *Id.*, p. 23.

¹⁴² Voir par exemple : CAO, *Building Hope and Health through Dialogue: A Story of Company-Community Dispute Resolution in Nicaragua*, CAO, Washington, 2016, en ligne : <<http://www.cao-ombudsman.org/publications/documents/475551.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017) ; voir aussi : CAO, *A Journey towards Solutions: A Story of Company-Community Dispute Resolution in Uganda*, CAO, Washington, 2015, en ligne : <<http://www.cao-ombudsman.org/publications/documents/475551.pdf>> (consulté le 7 septembre 2017).

¹⁴³ Les deux aspects sont interreliés dans l'avancement des droits : « achieving, advancing or restoring the enjoyment of rights as an outcome while empowering rights-holders to participate actively and shape outcomes that also reflect their interests and human dignity ». Caroline REES, *Mediation in Business-Related Human Rights Disputes: objections, Opportunities and Challenges*, Harvard Kennedy School, Working Paper No. 56, February 2010.

¹⁴⁴ *Id.* Le travail du CAO rappelle notamment celui des Points de contact nationaux (PCN) créés sous l'égide des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (OCDE, préc., note 11, p. 81 et suiv.). Le fonctionnement de chaque PCN est variable, mais certains envisagent leur rôle de façon plus large que ne le fait le CAO. En effet, certains PCN offrent non seulement leurs bons offices pour la résolution des différends, mais en l'absence d'accord de l'entreprise concernée à parti-

La fonction d'enquête du CAO vise à améliorer l'imputabilité de l'IFC quant aux impacts environnementaux et sociaux des projets qu'elle finance. On peut comprendre ce rôle comme un mécanisme d'apprentissage par la voie de contrôles et d'inspections¹⁴⁵. L'évaluation des plaintes par le CAO à la première étape du processus, et l'examen par le groupe d'enquête à la seconde étape, permettent toutes deux d'identifier les problèmes dans l'application par l'IFC de ses directives, et plus précisément dans l'exercice de sa diligence raisonnable. Les rapports d'évaluation et d'enquête donnent des conseils concrets à l'IFC sur les moyens d'améliorer la mise en œuvre de son Cadre de durabilité et sa diligence raisonnable environnementale et sociale, ce qui peut permettre d'apporter des changements systémiques dans la conduite par l'IFC de ses activités. La publication des rapports peut engendrer des effets négatifs pour la réputation de l'IFC et l'obliger ainsi, dans une certaine mesure, à justifier sa conduite¹⁴⁶. Toutefois, les conditions d'ouverture de la fonction d'enquête sont trop restrictives, ce qui entraîne le rejet d'un grand nombre de dossiers à l'étape initiale d'évaluation¹⁴⁷. Enfin, le CAO lui-même souligne que l'IFC ne met pas en application les recommandations contenues dans ses rapports de façon systématique et consistante¹⁴⁸. Une situation qui ultimement peut engendrer un problème de légitimité à la fois pour le CAO et l'IFC.

Le CAO, par la combinaison de ses divers rôles, est donc appelé à intervenir auprès du client et de l'IFC dans le but d'apporter des solutions concrètes lorsque des problèmes surgissent dans l'application des Normes de performance ou lorsque l'IFC fait défaut d'appliquer correctement ses

ciper à un processus de médiation, ils examinent et clarifient dans quelle mesure les pratiques d'une entreprise visée par une communication du public ont contrevenu aux Principes directeurs de l'OCDE. Voir: Leyla DAVARNEJAD, « In the Shadow of Soft Law: The Handling of Corporate Social Responsibility Disputes Under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises », (2011) 2 *Journal of Dispute Resolution* 351, 372 et 374-375.

¹⁴⁵ Un mécanisme qui s'apparente à l'idée de « learning by monitoring » développée par Charles Sabel. Voir: Charles F. SABEL, « Learning by Monitoring: The Institutions of Economic Development », dans Lloyd RODWIN and Donald A. SCHOÓN (dir.), *Rethinking the Development Experience. Essays Provoked by the Work of Albert O. Hirschman*, Cambridge (Mass.), The Lincoln Institute of Land Policy, 1995, p. 231. Voir aussi: Archon FUNG, Dara O'ROURKE et Charles SABEL, « Realizing Labor Standards », (2001) 26 *Boston Review* 1.

¹⁴⁶ B. SAPER, préc., note 110, p. 1310, 1312.

¹⁴⁷ CAO, préc., note 138, p. 32.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 36.

politiques. Les compétences du CAO demeurent néanmoins limitées à plusieurs égards : il ne peut mettre fin à un projet ; il ne peut ni donner une interprétation des Normes de performance ni évaluer la conformité d'un client aux Normes de performance ; et enfin, il ne peut assurer que les victimes recevront réparation.

*
* * *

L'intégration des Normes de performance dans le contrat d'investissement entre l'IFC et un client fait d'elles de véritables obligations contractuelles. Toutefois, l'étude du système de gouvernance par contrat des risques environnementaux et sociaux établi par le Cadre de durabilité de l'IFC révèle que les parties envisagent la mise en œuvre de ces obligations de façon flexible, comme un processus d'amélioration continue. Si l'IFC possède, du moins théoriquement, le pouvoir de contraindre le client au respect de ses engagements environnementaux et sociaux, on peut valablement s'interroger sur sa volonté d'exercer ce droit¹⁴⁹. Sur le plan de la conformité, les exigences de l'IFC envers ses clients peuvent être assimilées davantage à une demande d'adhésion aux Normes de performance qu'à une requête d'observance stricte de celles-ci. L'approche adoptée par l'IFC est ainsi pragmatique : bien qu'elle aille au-delà d'une simple incitation à respecter les Normes de performance, elle comporte certaines « zones de tolérance »¹⁵⁰, pour autant que le client soit prêt à collaborer et puisse être en mesure de se conformer dans un délai raisonnable¹⁵¹. Il s'agit d'un choix conscient de la part de l'IFC, qui s'explique entre autres par les enjeux particuliers reliés au respect des droits de l'homme – notamment le manque de capacité des clients – dans les zones où elle investit, particulièrement pour ce qui est des États les plus pauvres et les États fragiles¹⁵². Dans un document résumant les changements apportés à la version de 2012 de son Cadre de durabilité, l'IFC souligne d'ailleurs sa double préoccupation de

¹⁴⁹ Comme mentionné, le degré d'influence réel sur le client peut aussi varier en fonction de l'architecture du contrat de financement.

¹⁵⁰ C. COLLARD et al., préc., note 1, p. 92.

¹⁵¹ IFC, *Update of IFC's Policy and Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, and Access to Information Policy*, IFC, April 14, 2011, en ligne : <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/fca42a0049800aaaaba2fb336b93d75f/Board-Paper-IFC_SustainabilityFramework-2012.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 7 septembre 2017), par. 52.

¹⁵² *Id.*, par. 59.

renforcer le contenu de ce cadre, tout en s'assurant qu'il peut raisonnablement être réalisé: « [T]hroughout the review and update process, IFC has sought to strike the right balance between strengthening the Sustainability Framework and ensuring that the proposed updates will be robust, implementable, lead to enhanced sustainability outcomes and avoid unreasonable costs and lost opportunities for IFC and its clients. »¹⁵³

Les Normes de performance apparaissent ainsi comme une forme de régulation hybride, se situant entre la « *soft law* » et la « *hard law* », une sorte de droit réflexif, à caractère procédural, favorisant la coopération et l'apprentissage¹⁵⁴. Pour les communautés et travailleurs affectés par les projets financés par l'IFC, cette approche peut sembler insuffisante et s'avérer décevante. Les voies de recours devant le CAO sont en effet incertaines puisque la fonction de règlement des différends n'est exercée qu'avec l'accord du client et que le filtre de l'examen préalable à l'exercice de la fonction d'enquête écarte bien des plaintes soulevant le défaut de l'IFC d'exercer une diligence raisonnable environnementale et sociale adéquate de façon préalable à un investissement. Malgré ces limites, le travail du CAO a le potentiel de générer des changements systémiques dans les pratiques de gestion des risques environnementaux et sociaux des clients, mais surtout de l'IFC. Néanmoins, le CAO n'est pas compétent pour trancher la question de la responsabilité du client et de l'IFC pour les impacts environnementaux et sociaux négatifs des projets financées, ce qui, en dernière analyse, rend aléatoire l'obtention d'une réparation pour les victimes.

¹⁵³ *Id.*, par. 72.

¹⁵⁴ Gunther TEUBNER, « Substantive and Reflexive Elements in Modern Law », (1983) 17 *Law and Society Review* 239; Ralf ROGOWSKI, *Reflexive Labour Law in the World Society*, Cheltenham (United Kingdom), Edward Elgar, 2013.