
SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

SWISS REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Schweizerische Zeitschrift
für internationales und europäisches Recht
Revue suisse de droit international et européen

ISSN 1019-0406 www.sriel.ch

The Review is published quarterly by the Swiss Society of International Law (Schweizerische Vereinigung für internationales Recht / Société suisse de droit international – www.svir-ssdi.ch) and supported by the Swiss Academy of Humanities and Social Sciences. The Review is available online on www.swisslex.ch and www.heinonline.org.

BOARD OF EDITORS

Prof. Dr. Andreas Furrer, University of Lucerne (Chair; Private International Law); Prof. Dr. Daniel Girsberger, University of Lucerne (Private International Law); Prof. Dr. Christine Kaddous, University of Geneva (European Law); Prof. Dr. Robert Kolb, University of Geneva (Public International Law); Prof. Dr. Christa Tobler, University of Basel (European Law); Prof. Dr. Ursula Cassani, University of Geneva (Criminal Law); Prof. Dr. Oliver Diggelmann, University of Zurich (Public International Law); Managing Editor: Dr. Lorenz Langer

SUBMISSIONS

Please submit manuscripts electronically to the Managing Editor (Lorenz.Langer@sriel.ch). Authors are requested to follow the Review's style-sheet available at www.sriel.ch. French submissions are proofread by Dr. Maria Ludwiczak Glassey.

PUBLISHERS

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zurich, Internet: www.schulthess.com
Managing Publisher: Firas Kharrat
Product Manager Journals: Christian Hillig

CUSTOMER SERVICE

E-Mail: service@schulthess.com
Tel. +41 44 200 29 29
Fax +41 44 200 29 28
Anschrift: Schulthess Juristische Medien AG, Kundenservice, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich

SUBSCRIPTIONS

Annual subscription: CHF 250
Annual preferential subscription: for members of the Swiss Society of International Law CHF 242
Single issue: CHF 74, plus postage
All subscription prices incl. 2.5% VAT, plus postage: CHF 8 in Switzerland (Postage Abroad: CHF 43).
Vorzugspreis gegen Vorlage eines gültigen Nachweises. Subscriptions are automatically extended each year unless notice of cancellation is received from the subscriber prior to 8 weeks in advance of the subscription period.

ADVERTISEMENTS

Zürichsee Werbe AG, Herr Marc Schättin, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa, Tel. +41 44 928 56 17,
E-Mail: marc.schaettin@fachmedien.ch

COPYRIGHT

This Review, including all individual contributions published therein, is legally protected by copyright for the duration of the copyright period. Any use, exploitation or commercialization without the publishers' consent, is illegal and liable to criminal prosecution. This applies in particular to photostat reproduction, copying, cyclostyling, mimeographing or duplication of any kind, translating, preparation of microfilms, and electronic data processing and storage.

FREQUENCY

The Review is published quarterly, volume 29

CITATION

29 SRIEL (2019) p. 1

INTERNET

www.sriel.ch
The Review is also available online at www.heinonline.org

ISSN 1019-0406

TABLE OF CONTENTS

FROM THE EDITORS

To What Extent May Hard Law Content Be Incorporated Into Soft Instruments? (Robert Kolb)	335
--	-----

ARTICLES

Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: Le point en droit suisse (Nicolas Bueno)	345
From ESM to EMF and Back: A Critical Analysis of the Euro Area Reform Proposals (Hannes Hofmeister)	367

RECENT PRACTICE

The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution (2018) (Matthias Oesch, Aliénor Nina Burghartz & Rika Koch)	387
Chronique de droit pénal suisse dans le domaine international (2018) Schweizerische Praxis zum Strafrecht im internationalen Umfeld (2018) (Ursula Cassani, Sabine Gless, Maria Ludwiczak Glassey & Thomas Wahl)	419
La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2018 (Michel Hottelier & Vincent Martenet)	461
Rechtsprechung zum internationalen Schuld- und Zwangsvollstreckungsrecht (Ivo Schwander)	497

DOCTORAL & POST-DOCTORAL THESES

Conflict between Security Council Counter-Terrorism Measures and Human Rights (Nicola Thomas Hofer)	515
---	-----

Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise : Le point en droit suisse

Nicolas Bueno*

The United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights define the due diligence that business enterprises should conduct regarding human rights, including when they operate abroad through a subsidiary or a supplier. Since their adoption in 2011, legal scholars have been questioning the relationship between this due diligence and corporate liability. This article first presents the work recently done by the Office of the High Commissioner for Human Rights to clarify this link. It then shows some legal uncertainty in recent case-law of foreign domestic courts. Based on these international developments, this article finally identifies some gaps in civil and criminal corporate liability in Switzerland. It explains the debate regarding the counter-proposal to the popular initiative on responsible business and shows how the counter-proposal can enhance legal certainty regarding the link between due diligence and liability in Switzerland.

Keywords: UNGPs – due diligence – corporate liability – multinational enterprises – supply chain – Swiss initiative on responsible business

Mots-clés: UNGPs – Diligence raisonnable – responsabilité de l'entreprise – entreprise multinationale – chaîne d'approvisionnement – initiative populaire suisse pour des entreprises responsables

Table des matières

- I. Introduction
- II. Le standard international
 - A. La diligence en matière de droits de l'homme
 - B. Les liens entre diligence et responsabilité de l'entreprise
- III. État des lieux à l'étranger
 - A. Les développements jurisprudentiels à l'étranger
 - B. Les développements législatifs
- IV. La mise en œuvre en droit suisse
 - A. La position du Conseil fédéral
 - B. La mise en œuvre en droit de la responsabilité civile
 - C. La mise en œuvre en droit de la responsabilité pénale
- V. Conclusion

I. Introduction

* Dr.iur., FNS-Ambizione, chercheur postdoctoral et habilitant au Kompetenzzentrum Menschenrechte de l'Université de Zurich [Research Grant Nr. 17991]. Nicolas.bueno@uzh.ch. — L'auteur a conseillé plusieurs organismes en matière d'économie et de droits de l'homme. Les opinions présentées dans cet article représentent uniquement celles de l'auteur.

Depuis l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme,¹ la question de la mise en œuvre de la diligence des entreprises en matière de droits de l'homme se pose de manière toujours plus pressante. Au sein de l'Organisation des Nations Unies, les discussions portent actuellement sur les liens entre la diligence et la responsabilité civile et pénale de l'entreprise. En l'absence de règles claires sur les conséquences juridiques d'un manquement à cette diligence, plusieurs États se trouvent actuellement confrontés à une certaine insécurité juridique. Cette contribution présente la jurisprudence comparée, plutôt aléatoire, relative à la responsabilité civile et pénale d'entreprises multinationales pour le dommage causé par une filiale ou un fournisseur à l'étranger. Elle examine également les développements législatifs survenus à l'étranger pour pallier cette insécurité. La question de la mise en œuvre de la diligence de l'entreprise est également débattue en Suisse. Le Conseil national a adopté un contre-projet indirect à l'initiative populaire pour des entreprises responsables qui lie le devoir de diligence de l'entreprise à sa responsabilité civile. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a également élaboré son contre-projet. Cet article analyse ces développements au regard du standard international des Nations Unies.

II. Le standard international

A. La diligence en matière de droits de l'homme

La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est inscrite au Principe 17 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Elle fait l'objet d'une littérature considérable.² Il s'agit d'un processus en plusieurs étapes qui consiste pour l'entreprise à identifier les incidences sur les droits de l'homme, les prévenir et en atténuer les effets ainsi qu'à rendre compte de la façon

1 Conseil des 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, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 mars 2011, Annexe.

2 Entre autres, NADIA BERNAZ, *Business and Human Rights: History, Law and Policy: Bridging the Accountability Gap*, London 2017, 193-9; JONATHAN BONNITCHA & ROBERT MCCORQUODALE, « The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights », 28 *Eur. J. Int'l L.* (2017), 899; JOHN RUGGIE & JOHN SHERMAN, « The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale », 28 *Eur. J. Int'l L.* (2017), 921; BJÖRN FASTERLING, « Human Rights Due Diligence as Risk Management: Social Risk Versus Human Rights Risk » 2 *Business and Human Rights J.* (2017), 225-247, 226; KENDYL SALCITTO & MARK WIELGA, « What does Human Rights Due Diligence for Business Relationships Really Look Like on the Ground? » 2 *Business and Human Rights J.* (2017), 113-121, 114; OLGA MARTIN-ORTEGA, « Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last? » 32 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2014), 44-74, 55-7.

dont elle remédie à ces incidences. Chaque étape du processus de diligence est décrite et commentée aux Principes 18 à 21.³ Afin de clarifier ce processus pour les entreprises, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a publié un guide interprétatif.⁴ Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales comprennent le même processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, également précisé dans un Guide.⁵

En juillet 2018, le Groupe de travail des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales a remis un rapport à l'Assemblée générale des Nations Unies sur l'état des mesures prises par les entreprises et les gouvernements pour faire progresser la mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Dans son rapport, il conclut que la pratique de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est devenue le comportement normal attendu de toutes les entreprises, mais que des efforts considérables restent nécessaires, car la majorité des entreprises dans le monde n'en ont pas connaissance ou ne peuvent ou ne veulent la mettre en œuvre comme elles y sont tenues.⁶ Sa première recommandation s'adresse aux États. Elle consiste à utiliser la législation pour créer des incitations à exercer la diligence raisonnable, y compris par des obligations légales,⁷ c'est-à-dire notamment par le biais de normes de responsabilité civile ou pénale de l'entreprise. C'est ce lien entre diligence et responsabilité qui fait l'objet de la présente étude.

B. Les liens entre diligence et responsabilité de l'entreprise

Les Principes directeurs des Nations Unies sont lacunaires sur la question de la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise. Hormis envisager des responsabilités civiles ou pénales des entreprises qui commettent ou contribuent à des violations des droits de l'homme dans des zones de conflits,⁸ la référence la plus précise se trouve dans le commentaire du Principe 26 sur les mécanismes de réparation judiciaire relevant de l'État. Il prévoit que la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit interne ne devrait pas permettre d'éviter d'établir les responsabilités. Cela fait référence au principe de la séparation juridique des différentes entités constituant un groupe. Pour le reste, les Principes

3 Pour le détail, p.ex. NICOLAS BUENO, « Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations » 21 Int'l J. Human Rights (2017), 565, 571-3.

4 HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : Guide interprétatif, Genève 2012.

5 OCDE, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct, Paris 2018.

6 Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales, Rapport sur le devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, UN Doc. A/73/163, 16 juillet 2018, para. 92.

7 Rapport, supra, n. 6, para. 93.

8 Principes directeurs, supra, n. 1, Principe 7, commentaire.

directeurs sont clairs sur le fait que la responsabilité qui incombe aux entreprises de respecter les droits de l'homme se distingue des questions de responsabilité juridique qui reste définie pour une large part par les dispositions du droit interne.⁹

Dans la doctrine, cette absence de lien clairement défini entre la diligence raisonnable de l'entreprise et l'accès à des voies de recours, notamment par le biais de la responsabilité juridique de l'entreprise, est parfois définie par le terme d'*accountability gap*.¹⁰ Afin de combler cette lacune, le Conseil de l'Europe avait déjà recommandé aux États membres en 2016 d'appliquer les mesures législatives nécessaires pour s'assurer que les violations des droits de l'homme causées par des entreprises relevant de leur juridiction donnent lieu à une responsabilité civile.¹¹ Il les avait enjoint à examiner la possibilité d'appliquer les mesures législatives nécessaires pour s'assurer que les entreprises peuvent être tenues responsables également en vertu de leur droit pénal, notamment pour toute infraction constituant des violations graves des droits de l'homme causées par des entreprises.¹²

Peu après, en juin 2016, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a adopté les Directives visant à améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours dans les affaires de violations des droits de l'homme commises par des entreprises.¹³ Ces directives comprennent des objectifs à l'attention des États sur la manière pour eux d'aménager leur droit pénal et privé en la matière. Elles sont accompagnées de notes explicatives.¹⁴ Ces directives recommandent tout d'abord que les régimes nationaux de responsabilité civile et pénale évaluent la responsabilité juridique des entreprises au regard de la qualité de la gestion des entreprises et des actions, omissions et intentions des cadres ou des employés.¹⁵ Plus précisément, pour les groupes d'entreprises, les régimes nationaux de responsabilité civile et pénale devraient énoncer clairement les normes de gestion et de supervision attendues des différentes entreprises au sein d'un groupe en ce qui concerne l'identification, la prévention et l'atténuation des incidences sur les droits de l'homme

9 Principes directeurs, supra, n. 1, Principe 12, commentaire.

10 En particulier ANITA RAMASASTRY, « Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability » 14 J. Human Rights (2015), 237–259, 248 et BERNAZ, supra, n. 2, p. 8–9. Cf. également dans cette revue, EVELYNE SCHMID, « The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to 'Business and Human Rights'? » 25 Swiss Rev. Int'l L. (SZIER/RSDIE) (2015), 563–589, 577–8, analysant la question sous l'angle d'une obligation de légiférer en la matière.

11 Conseil de l'Europe, Recommandation cm/rec(2016)3 du Comité des ministres aux États membres, 2 mars 2016, para. 32.

12 Recommandation cm/rec(2016)3, supra, n. 11, para. 44.

13 Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Directives visant à améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours dans les affaires de violations des droits de l'homme commises par des entreprises, UN Doc. A/HRC/32/19, Annexe, 10 mai 2016.

14 Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Notes explicatives relatives aux directives, UN Doc. A/HRC/32/19/Add.1, 10 mai 2016.

15 Supra n. 13, objectifs stratégiques 1.4 (droit pénal) et 12.2 (droit privé).

liées aux activités du groupe.¹⁶ De telles normes de gestion sont également attendues en ce qui concerne l'identification, la prévention et l'atténuation des incidences sur les droits de l'homme que des entreprises peuvent provoquer ou favoriser dans le cadre de leur chaîne d'approvisionnement,¹⁷ c'est-à-dire notamment vis-à-vis de fournisseurs ou sous-traitants.

Dernièrement enfin, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme a soumis un rapport consacré à la question précise du lien entre le devoir de diligence de l'entreprise en matière de droits de l'homme et la responsabilité juridique de l'entreprise.¹⁸ Il explique que la diligence raisonnable est un standard de comportement. Ce standard de comportement peut permettre par exemple d'établir une négligence de l'entreprise en droit de la responsabilité¹⁹ ou être utilisé comme moyen de défense afin de permettre à l'entreprise de se libérer de sa responsabilité dans un régime de responsabilité objective.²⁰ Ces développements internationaux laissent présager un resserrement du lien entre diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et responsabilité juridique en droit interne, un argument pour prendre des dispositions en Suisse.

III. État des lieux à l'étranger

En droit comparé, les décisions judiciaires relatives à la responsabilité d'une entreprise pour violations des droits de l'homme commises à l'étranger sont aléatoires. Des décisions contraires en appel sont fréquentes, notamment dans les affaires en matière de responsabilité civile. En l'absence de règles claires de diligence de l'entreprise en droit interne, les tribunaux nationaux sont ainsi amenés à combler la lacune. En droit pénal, la jurisprudence est moins développée. Cela s'explique en partie par certains obstacles juridiques à l'établissement de la responsabilité pénale de l'entreprise.

Le standard international de diligence en matière de droits de l'homme devrait influencer davantage les tribunaux nationaux tant en droit privé qu'en droit pénal à l'avenir. Deux décisions récentes font référence aux Principes directeurs des Nations Unies. Au vu de cette insécurité juridique, plusieurs États discutent l'adoption ou ont déjà adopté des lois relatives au devoir de diligence en matière de droits de l'homme, du moins lorsque cela ressort de leur tradition juridique.

16 Supra n. 13, objectifs stratégiques 1.5 (droit pénal) et 12.3 (droit privé).

17 Supra n. 13, objectifs stratégiques 1.6 (droit pénal) et 12.4 (droit privé).

18 Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, *The Relevance of Human Rights Due Diligence to Determinations of Corporate Liability*, UN Doc A/HRC/38/20/Add.2, juin 2018.

19 Supra, n. 18, p. 6–7.

20 Supra, n. 18, p. 7–8.

A. Les développements jurisprudentiels à l'étranger

1. L'insécurité juridique relative à la responsabilité civile de l'entreprise

À l'étranger, plusieurs affaires ont porté sur la responsabilité civile d'une société mère pour le dommage causé par une filiale. La plupart porte pour l'heure sur des faits survenus avant l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies. Deux décisions judiciaires portant sur des faits récents font référence à ces Principes.²¹ Cette section présente cette jurisprudence mettant l'accent sur son caractère aléatoire.

Dans l'affaire française de pollution maritime du naufrage du navire Erika, pour commencer, la Cour de cassation avait admis la coresponsabilité civile de Total, société mère de l'affréteur (locataire) du navire Erika. En se basant sur les dispositions spécifiques de la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, elle a estimé que la société mère Total avait manqué de manière intentionnelle à sa mission de contrôle du risque environnemental.²² Elle a renversé la décision de la Cour d'appel de Paris qui n'avait pas reconnu sa responsabilité.²³

La même année, un tribunal français avait reconnu en première instance la responsabilité au titre de co-employeur de la société mère Areva. Areva était l'actionnaire principal, mais non majoritaire, d'une filiale exploitant une mine d'uranium au Niger. Elle avait été reconnue responsable du cancer contracté par un employé de la mine.²⁴ En 2013, la Cour d'appel de Paris a renversé cette décision au motif, entre autres, qu'Areva n'était pas actionnaire majoritaire et que dès lors elle n'était pas responsable à titre de co-employeur avec la filiale.²⁵

Aux Pays-Bas, l'actuelle affaire Shell porte sur la question de la responsabilité de la société mère Shell pour son manque de diligence dans la pollution causée à des tiers par des déversements de pétrole de sa filiale au Nigéria. Dans sa décision préliminaire de décembre 2015, la Cour d'appel de la Haye a estimé que la question de la responsabilité civile de la société mère devait être jugée au regard du droit nigérien, système de *common law* basé sur le droit anglais et notamment la fameuse affaire Chandler,²⁶ présentée dans le paragraphe qui suit. La décision sur le fond est pendante.

21 *Araya v. Nevsun Resources Ltd.*, 2016 BCSC 1856; *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

22 Cour de cassation, Chambre criminelle, Arrêt no 3439 du 25 septembre 2012, p. 315–316.

23 Cour d'appel de Paris, 24 mars 2010, no. 08/02278.

24 Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale de Melun, 11 mai 2012, n° 10/00924. Cf. CAROLINE RONIN, « Faute inexcusable dans les groupes de sociétés : la responsabilité de la société mère retenue en cas de co-emploi », 76 *Revue Lamy Droit des affaires* (2012), 88–91, 89.

25 Cour d'appel de Paris, 24 octobre 2013, no. 12/05650. BUENO, supra n. 3, p. 576–7, pour le détail.

26 Court of Appeal, The Hague, 17 December 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3586-7-8. Cf. LIESBETH ENNEKING, « Paying the Price for Socially Irresponsible Business Practices ? », 26 *Pratique Juridique Actuelle* (2017), 988–997, 992.

Chandler v Cape est, du moins pour l'heure, la décision de référence en droit anglais sur la responsabilité de la société mère pour le dommage causé à l'employé d'une filiale. Elle concerne le dommage causé à la santé d'un employé travaillant pour une filiale produisant de l'amiante. Techniquement, il ne s'agit pas d'une affaire transnationale, mais la doctrine et les tribunaux ne font pas de distinction.²⁷ Dans sa décision, la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a développé, voire inventé, quatre critères²⁸ pour déterminer quand imposer une obligation (*duty of care*) de la société mère envers les employés d'une filiale.

Reprenant ces quatre critères dans *Thompson v Renwick*, une autre affaire d'amiante, un tribunal de première instance anglais avait établi la responsabilité de la société mère Renwick pour le dommage causé à la santé d'un employé d'une filiale. La Cour d'appel est arrivée à la conclusion opposée. Elle a avancé que la société mère était une société holding qui n'exerçait pas une activité semblable à sa filiale produisant de l'amiante, premier critère avancé par les juges dans l'affaire Chandler.²⁹

Depuis lors, la question de la responsabilité de la société mère ne cesse d'être discutée en doctrine.³⁰ Elle a été l'objet d'une récente décision dans l'affaire *Lungowe v Vedanta*.³¹ Cette affaire porte sur les dommages à la santé et matériels de quelque 1800 personnes résultant de la pollution d'eaux en Zambie causée par la filiale contrôlée majoritairement par l'entreprise Vedanta incorporée au Royaume-Uni. En avril 2019, la Cour suprême du Royaume-Uni a admis en phase préliminaire qu'une société mère pouvait avoir un devoir de garant (*duty of care*) vis-à-vis de tiers, et non seulement des employés d'une filiale, lorsqu'elle entreprend des actes de contrôle et de supervision de sa filiale ou même lorsque qu'elle reste passive alors qu'elle publie des documents mentionnant son contrôle et sa supervision.³² Malheureusement, la cour n'a fait aucune mention des Principes directeurs des Nations Unies qui recommandent plutôt à chaque entité du groupe de prendre des mesures de diligence.³³ La décision pourrait en effet laisser penser qu'une passivité totale d'une société mère

27 *Chandler v. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525, para. 66. Dans ce paragraphe, le tribunal ne distingue pas l'affaire *Chandler* à *Connelly v. RTZ Corp Plc* [1999] CLC 533, une affaire transnationale concernant les obligations d'une société mère. Cf. SIEL DEMEYERE, « Liability of a Mother Company for Its Subsidiary in French, Belgian, and English Law », Eur. R. Private Law (2015), 385–414, 404; BUENO, supra, n. 3, p. 576.

28 *Chandler v. Cape Plc* [2012] EWCA Civ 525, para. 80 pour les quatre critères.

29 *Thompson v. The Renwick Group Plc* [2014] EWCA Civ 635.

30 Pour un aperçu des questions à venir en droit anglais, RUSSELL HOPKINS, « Parent Company Liability: Where Are We Headed? », BLL Bulletin, 22 Novembre 2018.

31 *Lungowe and others v (1) Vedanta Resources Plc; and (2) Konkola Copper Mines Plc* [2017] EWCA 1528.

32 *Vedanta Resources PLC and another v Lungowe and others* [2019] UKSC20, para. 53.

33 ROBERT MCCORQUODALE, Parent Companies can have a Duty of Care for Environmental and Human Rights Impacts: Vedanta v Lungowe, Business and Human Rights Journal Blog, 11 avril 2019, <<https://blog.journals.cambridge.org/2019/04/11/parent-companies-can-have-a-duty-of-care-for-environmental-and-human-rights-impacts-vedanta-v-lungowe/>>

pourrait la prémunir contre une responsabilité légale, ce qui irait à l'encontre des développements internationaux.

Au Canada, l'affaire *Choc v Hudbay Minerals* porte sur la responsabilité civile de la société mère canadienne dans l'assassinat et les viols collectifs allégués qui auraient été perpétrés par les agents de sécurité contractés par sa filiale au Guatemala. Dans sa prise de position, Amnesty International Canada a expressément fait référence aux Principes directeurs des Nations Unies ainsi qu'aux principes directeurs de l'OCDE comme standard international de diligence raisonnable à retenir pour juger du comportement de l'entreprise en matière de droits de l'homme.³⁴ Dans son examen préliminaire, la Cour de justice d'Ontario a estimé qu'il n'était pas exclu que la société mère ait un devoir de garant vis-à-vis des victimes et que, dès lors, elle ait pu manquer à ce devoir.³⁵ La procédure suit son cours.

Dans l'affaire *Araya et al. v Nevsun Resources Ltd.*, trois réfugiés Erythréens ont déposé une demande de réparation civile pour le travail forcé qu'ils allèguent avoir subi au sein d'une filiale érythréenne de l'entreprise canadienne Nevsun. La décision du tribunal canadien reprend le témoignage d'un employé de la société mère chargé d'évaluer l'impact de l'entreprise en matière de droits de l'homme. Dans son témoignage, il se réfère également aux Principes directeurs des Nations Unies comme standard international de référence.³⁶ Dans son examen préliminaire, le tribunal canadien a reconnu sa compétence.³⁷ Il a également relevé que la question de la responsabilité civile dans ce genre d'affaires n'avait pas encore été décidée au Canada et que dès lors, la demande n'était pas infondée.³⁸

En Allemagne enfin, l'affaire KiK porte sur la responsabilité du discounter allemand dans l'incendie ayant causé la mort de plus de 250 personnes travaillant auprès d'un fournisseur pakistanais dont l'entreprise allemande était le principal acheteur. Au contraire des affaires présentées précédemment, celle-ci porte sur la responsabilité d'une entreprise contractante et non d'une société mère. En août 2016, le Landgericht de Dortmund a confirmé sa compétence et établi que l'affaire devait être jugée sur la base du droit pakistanais également basé sur un modèle de *common law*.³⁹ En janvier 2019, il a toutefois laissé la question irrésolue en jugeant que les faits étaient prescrits selon ce droit.⁴⁰

34 *Choc v Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414, para. 34.

35 *Choc v Hudbay Minerals Inc.*, supra, n. 34, para. 75.

36 *Araya v. Nevsun Resources Ltd.*, 2016 BCSC 1856, para. 64.

37 *Araya v. Nevsun Resources Ltd.*, para. 338.

38 *Araya v. Nevsun Resources Ltd.*, para. 483.

39 Landgericht Dortmund, 7. Zivilkammer, Beschluss vom 29. August 2016 im Fall Jabir et al. g KiK., non publiée.

40 MICHAELA STREIBELT, LG Dortmund weist Klage gegen KiK ab: Flucht in die Verjährung, Legal Tribune Online, 10 janvier 2019, <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-dortmund-7-o-95-15-kik-brand-textilfabrik-pakistan-ansprueche-verjaehrt-kommentar/>>

Le tour de la jurisprudence en droit comparé en matière de responsabilité civile montre tout d'abord une certaine insécurité juridique sur ces questions. Dans quatre affaires pour le moins, les tribunaux sont parvenus à des résultats contraires en appel. L'issue des affaires en cours est incertaine. Cette jurisprudence montre également que l'absence de devoir de diligence et de règles claires de responsabilité n'est pas un rempart au dépôt d'une action en réparation.

2. Obstacles juridiques de la responsabilité pénale de l'entreprise

Afin de pouvoir établir la responsabilité pénale d'une entreprise pour violation des droits de l'homme, encore faut-il que le droit pénal interne reconnaisse la responsabilité des personnes morales. Ensuite, l'entreprise doit pouvoir être tenue responsable pour des infractions qualifiables de violation des droits de l'homme, par exemple celles contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté. Ce n'est pas le cas en Suisse, comme présenté ci-dessous.⁴¹ Enfin, ces infractions imputables à l'entreprise doivent pouvoir être poursuivies lorsque le résultat se produit à l'étranger. Autant d'obstacles qui expliquent une jurisprudence comparée relativement pauvre.⁴² Les affaires suisses Nestlé et Argor sont présentées dans la section analysant le droit suisse.⁴³

En France néanmoins, dans le volet pénal de l'affaire Erika, les tribunaux français ont établi la responsabilité pénale de la société mère Total pour délit de pollution par navire. Ils se sont toutefois basés sur une infraction spéciale du code de l'environnement qui incrimine le délit de pollution par les rejets d'un navire à toute personne, y compris morale. Les tribunaux ont estimé que la société mère avait exercé un pouvoir de contrôle⁴⁴ et qu'elle n'avait pas pris les mesures nécessaires pour éviter l'infraction.

Dans l'affaire Lafarge (aujourd'hui LafargeHolcim), la société mère enregistrée en France a été mise en examen pour financement d'une entreprise terroriste, complicité de crimes contre l'humanité et mise en danger de la vie.⁴⁵ De manière générale, l'art. 121-2 du Code pénal français prévoit la responsabilité des personnes morales. En France, les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. Cet article est applicable à toutes les infractions du code pénal.⁴⁶ En l'espèce, l'entreprise est soupçonnée d'avoir contribué financièrement aux activités terroristes du groupe État islamique

41 Infra, IV.C.

42 Cf. JENNIFER ZERK, *Corporate liability for gross human rights abuses: A report prepared for the Office of the UN High Commissioner for Human Rights*, 2014, p. 17–21 et plus récemment CHRISTINE KAUFMANN & LUKAS HECKENDORN URSCHALER, *Access to Remedy*, Zurich/Lausanne 2017, 50–53, pour d'autres affaires.

43 Infra, IV.C.

44 Cour de cassation, Chambre criminelle, Arrêt no 3439 du 25 septembre 2012, 6.

45 IMAËL HALISSAT « Lafarge en Syrie : une mise en examen historique », *Libération*, 28 juin 2018.

46 KAUFMANN & HECKENDORN, *supra* n. 42, p. 165.

par le biais de sa filiale syrienne et d'avoir forcé les employés locaux à continuer leur travail dans cette filiale malgré les risques encourus pour leur vie. Par son comportement, l'entreprise aurait également contribué, à titre de complice, aux crimes contre l'humanité perpétrés par le groupe État islamique.⁴⁷

B. Les développements législatifs

Comme le relève le Haut-Commissaire aux droits de l'homme, les pays de tradition de *common law* adoptent une approche au cas par cas.⁴⁸ Il est probable que les pays de cette tradition continueront à définir les contours et les conséquences d'un manquement au devoir de diligence en matière de droits de l'homme par la voie jurisprudentielle. Tout indique, par exemple, que la décision dans l'affaire Chandler n'est que le point de départ de la jurisprudence en matière de responsabilité de la société mère. Elle sera d'ailleurs vraisemblablement précisée par l'affaire Vedanta. Ce sera certainement la voie jurisprudentielle et non législative qui dictera également la direction à prendre au Canada ou aux États-Unis.

Aux Pays-Bas, l'approche est encore différente. Pour l'heure, elle consiste à adopter des accords-type semi-volontaires sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme à l'attention d'une branche économique. Ces accords sont conclus entre le gouvernement, le secteur privé et les organisations de la société civile ou d'autres partenaires sociaux. Des accords-types ont été conclus, entre autres, dans le secteur textile, bancaire, de l'or, alimentaire et des assurances.⁴⁹ Les entreprises sont toutefois libres d'y adhérer, ce qui remet en question leur impact pratique. Ces accords clarifient néanmoins le devoir de diligence raisonnable de l'entreprise pour un secteur à la lumière des Principes directeurs des Nations Unies.

L'approche en Europe consiste toutefois à légiférer sur le devoir de diligence en matière de droits de l'homme. Plusieurs lois définissent aujourd'hui déjà le comportement attendu de la part de l'entreprise en matière de droits de l'homme.⁵⁰ En France, notamment, l'art. 225-102-4 du code de commerce français prévoit que les sociétés d'une certaine taille ont l'obligation d'établir et mettre en œuvre de manière effective un plan de vigilance. Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits

47 CLAIRE TIXEIRE, Can the Lafarge case be a game changer ? French multinational company indicted for international crimes in Syria, Business and Human Rights Resource Center, juin 2018.

48 Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Due Diligence and Liability, supra n. 18, p. 6-7.

49 Business and Human Rights Resource Center, Dutch Agreements on International Business Responsibility <www.business-humanrights.org/en/dutch-agreements-on-international-business-responsibility>.

50 CHRISTINE KAUFMANN, « Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich: Wie sinnvoll ist ein 'Swiss Finish' ? » 26 Pratique Juridique Actuelle (2017), 967-977, 972-75.

humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement. Cette vigilance porte sur les activités résultant non seulement des activités de la société et celles des sociétés qu'elle contrôle, mais également des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie. Le manquement aux obligations de diligence engage la responsabilité civile de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que sa diligence aurait permis d'éviter.⁵¹ Cette législation est la première à établir un lien explicite entre la diligence et la responsabilité civile de l'entreprise par le biais d'une responsabilité civile pour faute.

Ailleurs, hormis les simples devoirs de rendre compte introduits par exemple dans le *UK Modern Slavery Act* ou le *Modern Slavery Bill* en Australie, un devoir de prendre des mesures de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme existe dans plusieurs domaines spécifiques. Le règlement UE 2017/821 introduit un tel devoir pour les importateurs de minerais provenant de zones de conflit.⁵² Le règlement impose un devoir d'agir en précisant les obligations en matière de gestion des risques, de vérification et de communications. Ces obligations s'étendent expressément à l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement. Par ailleurs, les Pays-Bas ont adopté la loi sur le devoir de diligence en matière de travail des enfants.⁵³ Outre un devoir de rendre compte, celle-ci prévoit des sanctions pour les entreprises n'exerçant pas leur diligence lorsque les autorités étatiques le requièrent.

À l'exception de la loi française sur le devoir de vigilance, les lois précitées ne clarifient pas le lien entre le manque de diligence et la responsabilité juridique de l'entreprise. Néanmoins, elles précisent l'étendue de la diligence sur la base du standard international. Qu'on le veuille ou non, la tendance va d'ailleurs au-delà de prévoir le comportement attendu de la société mère uniquement envers ses filiales. Le code du commerce français, le Règlement européen UE 2017/821 ou la loi hollandaise sur le devoir de diligence en matière de travail des enfants, mais aussi les accords-types hollandais s'appliquent aussi à la diligence de l'entreprise dans sa chaîne d'approvisionnement. Si le lien entre diligence et responsabilité juridique n'est clairement établi que dans la loi française, l'imposition d'un devoir légal d'agir dans les autres lois mentionnées aura certainement des conséquences sur la responsabilité civile des entreprises dans un cas concret.

La section suivante présente la position de la Suisse et encourage l'adoption d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire pour des entreprises responsables qui

51 Art. 225-102-5 Code de commerce français. SANDRA COSSART, JÉRÔME CHAPLIER & TIPHAIN BEAU DE LOMENIE, « The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All », 2 *Business & Human Rights J.* (2017), 317–325, 320; KAUFMANN, *supra* n. 50, p. 972-3.

52 Règlement UE 2017/821 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque.

53 Eerste Kamer der Staten-Generaal, Initiatiefvoorstel-Kuiken Wet zorgplicht kinderarbeid.

clarifie le lien entre la diligence et la responsabilité de l'entreprise. Quelques recommandations générales s'imposent néanmoins.

IV. La mise en œuvre en droit suisse

A. La position du Conseil fédéral

Le 14 septembre 2018, le Conseil fédéral a publié le rapport « Entreprises et droits de l'homme : analyse comparée des mesures judiciaires et non judiciaires offrant accès à la réparation ». ⁵⁴ Le rapport du Conseil fédéral se base sur l'étude approfondie *Access to Remedy*. ⁵⁵ Malgré les options proposées dans cette étude, le Conseil fédéral opte pour le statu quo. Il ne recommande pas d'adapter le droit suisse de la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise.

En matière de responsabilité civile, le Conseil fédéral rapporte certes que des obligations légales de diligence raisonnable ont été introduites dans certains ordres juridiques et que, pour le reste, la situation à l'étranger présente une certaine insécurité juridique. Il ajoute que si le droit suisse est clair et plutôt restrictif, il n'est pas impossible que des affaires « test » soient portées devant des tribunaux suisses, afin d'explorer les limites de ce cadre juridique. ⁵⁶ Il ne propose toutefois ni d'inclure un devoir de diligence en matière de droits de l'homme ni de clarifier les conditions de responsabilité civile d'une entreprise. ⁵⁷

Quant à la responsabilité pénale de l'entreprise, le Conseil fédéral reconnaît que l'art. 102 CP portant sur la responsabilité de l'entreprise ne couvre pas nécessairement toutes les atteintes graves aux droits de l'homme. ⁵⁸ En effet, seul l'art. 102 al. 2 CP impose à l'entreprise de prendre les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission d'une infraction. Toutefois, seules quelques infractions spécifiques, notamment en matière de criminalité économique, sont visées par cette disposition. Le Conseil fédéral conclut néanmoins de manière paradoxale qu'un projet législatif visant à adapter ou à étendre ces règles juridiques ne semble pas nécessaire. ⁵⁹

54 Conseil fédéral, Entreprises et droits de l'homme : analyse comparée des mesures judiciaires et non judiciaires offrant un accès à la réparation : Rapport donnant suite au postulat 14.3663 CPE-E du 26 novembre 2014, Berne, 14 Septembre 2018.

55 KAUFMANN & HECKENDORN, supra n. 42.

56 Conseil fédéral, supra, n. 54, p. 6.

57 Conseil fédéral, supra, n. 54, p. 15.

58 Conseil fédéral, supra, n. 54, p. 5.

59 Conseil fédéral, supra, n. 54, p. 14.

B. La mise en œuvre en droit de la responsabilité civile

Le cadre juridique suisse de la responsabilité civile de l'entreprise, s'il est plutôt restrictif, n'est pas « clair » pour reprendre les termes du Conseil fédéral. Dans tous les cas, il ne l'est pas en ce qui concerne la responsabilité d'une société mère ou contractante pour le dommage survenu à l'étranger en lien avec une filiale ou un fournisseur. À cet égard, la Suisse ne devrait pas suivre une approche de *common law* qui consiste à combler les lacunes juridiques à tâtons par la jurisprudence. Cette approche présente trop d'insécurité. Il se justifie donc de clarifier le devoir de diligence et les conditions de responsabilité de l'entreprise de manière législative. C'est l'objet de l'initiative populaire pour des entreprises responsables⁶⁰ et de son contre-projet indirect en discussion depuis plusieurs mois au Parlement. Le contre-projet présente toutefois des restrictions importantes.

1. Le manque de clarté du droit suisse

Comme pour les autres ordres juridiques, la mise en œuvre du devoir de diligence en droit interne se pose de manière nouvelle depuis l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies et les développements internationaux présentés ci-dessus. Le droit suisse n'ayant pas été adapté, il est difficile pour une victime ou une entreprise de prédire l'issue d'une affaire de responsabilité civile pour le dommage qu'une entreprise cause à l'étranger par sa faute ou pour le fait d'une filiale ou d'un fournisseur. Il s'agit d'une critique qui ne doit pas être adressée à la Suisse uniquement.

En droit suisse, deux dispositions pourraient fonder, en théorie, la responsabilité d'une entreprise pour le dommage causé à l'étranger dans ce genre d'affaires. Il s'agit d'une part de la responsabilité pour faute de l'art. 41 CO et, d'autre part, de la responsabilité de l'employeur, plus largement traduite par *Geschäftsherrenhaftung* en allemand, définie à l'art. 55 CO. Dans un cas de violation des droits de l'homme résultant à l'étranger par une entreprise domiciliée en Suisse, deux juges pourraient légitimement arriver à des conclusions opposées, ce qui se produit d'ailleurs à l'étranger.⁶¹ Ces dispositions ne sont pas adaptées au contexte actuel d'une économie globalisée et ne sont donc pas à même, en l'état, de servir de norme de mise en œuvre de la diligence en matière de droits de l'homme.

Sous l'angle de l'article 41 CO du reste, deux affaires de violation des droits de l'homme à l'étranger par une entreprise ont déjà été déposées devant les tribunaux suisses. Elles n'ont pas permis d'éclairer la situation. L'affaire IBM remonte à des faits

60 NICOLAS BUENO, « The Swiss Popular Initiative on Responsible Business : From Responsibility to Liability », dans : L. Enneking et al. (éds.), *Accountability, International Business Operations and the Law : Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, London 2019, pour un aperçu de l'initiative.

61 Supra, III.A.1.

bien antérieurs aux Principes directeurs des Nations Unies. Elle concerne la participation de la succursale genevoise d'IBM dans les crimes commis par le régime nazi durant la seconde guerre mondiale en Allemagne. Dans l'examen de la compétence territoriale des tribunaux genevois, le Tribunal fédéral a conclu que la succursale pouvait avoir commis des actes de complicité de génocide et donc qu'il n'était pas exclu que l'entreprise ait exercé à Genève un acte illicite.⁶² Dans un deuxième temps, il a toutefois jugé que les prétentions civiles étaient prescrites. Il n'est donc pas entré sur le fond.⁶³

Plus récemment dans l'affaire de la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) au Qatar, un travailleur bangladais a déposé une action auprès du Tribunal de commerce de Zurich contre la FIFA qui a son siège à Zurich. Le demandeur réclamait les dommages-intérêts et la réparation de son tort moral pour les conditions de travail qu'il aurait endurées sur les chantiers de la Coupe du monde 2022 au Qatar. Dans sa décision du 3 janvier 2017, le tribunal a certes relevé l'argument du demandeur selon lequel la FIFA pouvait avoir un devoir d'agir qui découlait de son pouvoir d'exiger le respect des droits de l'homme au Qatar en tant qu'organisatrice de la Coupe du monde. Le tribunal n'a toutefois pas évalué l'affaire dans le contexte des Principes directeurs des Nations Unies. Il a conclu que même si un devoir d'agir existait pour la FIFA, influencer le processus politique du pays dans lequel une compétition internationale est organisée ne relèverait plus d'un litige commercial.⁶⁴

Quant à la responsabilité de l'employeur de l'article 55 CO, une responsabilité spéciale pour le fait d'autrui, elle présente une insécurité particulière. Malgré le texte étroit de l'article 55 CO, la majorité de la doctrine considère aujourd'hui déjà que cet article pourrait s'appliquer à la responsabilité d'une entreprise pour le dommage causé par une autre entreprise⁶⁵ et notamment par une filiale au sein d'un groupe d'entreprises.⁶⁶ Certains n'excluent pas la responsabilité d'une entreprise pour le dommage causé par une entreprise contractée, contrôlée en fait, dans la chaîne d'approvisionnement.⁶⁷ On notera également que l'art. 6 de la loi fédérale sur les presta-

62 ATF 131 III 153 consid. 6.4.

63 GREGOR GEISSER, *Ausservvertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für « Menschenrechtsverletzungen » bei internationalen Sachverhalten*, Zürich 2013, p. 223–226; NICOLAS BUENO, « La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme: Etat de la pratique suisse », 26 *Pratique Juridique Actuelle* (2017), 1015–1023, 1019.

64 HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017, non publiée. Cf. BUENO, *supra*, n. 63, p. 1020.

65 FRANZ WERRO, « Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative: Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition », *sui-generis* (2018), 428–442, 433 et les références citées dans la note 23.

66 ROLAND VON BÜREN, *Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Der Konzern*, 2^e éd., Bâle 2005, 203; NINA SAUERWEIN, *La responsabilité de la société mère*, Berne 2006, 89–90.

67 NICOLAS KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, Zurich 2007, 498-9; Gregor Geisser, « Die Konzernverantwortungsinitiative: Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung », 26 *Pratique Juridique Actuelle* (2017), 943–966, 955.

tions de sécurité privées fournies à l'étranger porte exactement sur le dommage causé par le sous-traitant d'une entreprise de sécurité privée⁶⁸ sans toutefois régler la question.

Enfin, d'autres types de responsabilité n'entrent pas en compte comme norme de mise en œuvre de la diligence raisonnable. La responsabilité des membres du conseil d'administration de l'art. 754 CO ne donne pas la qualité pour agir aux victimes externes à l'entreprise.⁶⁹ À titre de comparaison, le Landgericht de Munich s'est prononcé dans l'affaire allemande *Siemens/Neubürger* sur les mesures de gestion et de supervision en matière anti-corruption que doit prendre un directeur financier pour l'ensemble du groupe d'entreprises. En l'espèce, il a reconnu que le directeur financier de la maison-mère avait manqué à son devoir de diligence en matière de corruption au sein d'une filiale au Nigéria.⁷⁰ Bien que l'affaire se limite à l'action de Siemens contre son directeur financier pour le dommage causé à l'entreprise, la doctrine allemande discute comment ce même devoir de diligence pourrait être transposé pour le dommage causé à un tiers.⁷¹ Cette option a été rejetée en droit suisse.⁷²

Quant aux développements jurisprudentiels tels que la responsabilité fondée sur la confiance,⁷³ la confusion des sphères⁷⁴ ou la théorie de la transparence,⁷⁵ ils n'apportent aucune sécurité juridique lorsque la filiale ou le fournisseur étranger est une société distincte de la société mère ou contractante. Enfin, la responsabilité civile contractuelle, notamment fondée sur un contrat de travail, n'a pas de portée pratique dans ce genre d'affaires. En effet, comme la jurisprudence en droit comparé le montre, il n'existe pratiquement jamais un contrat entre la victime et la société mère ou contractante.

En conclusion, le droit positif suisse est restrictif et manque surtout de clarté. Il n'énonce aucune norme de gestion et de supervision attendues des différentes entreprises au sein d'un groupe en ce qui concerne l'identification, la prévention et l'atténuation des incidences sur les droits de l'homme liées aux activités du groupe comme le recommandent les directives du Haut-Commissariat. Le droit positif suisse ne comprend pas non plus de telles normes de gestion et supervision dans les chaînes

68 Art. 6 al. 2 LPSP.

69 KAUFMANN & HECKENDORN, *supra*, n. 42, p. 21.

70 LG München I NZG 2014, 345.

71 LEONHARD HÜBNER, « Human Rights Compliance und Haftung im Aussenverhältnis », dans : Krajewski & Saage-Maass (éds.), *Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen*, Berlin 2018, 73–75.

72 Conseil national, Motion 14.3671 : Mise en œuvre du rapport de droit comparé du Conseil fédéral sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement, 11 mars 2015 <www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143671>.

73 ATF 120 II 331.

74 ATF 137 III 550.

75 4A_337/2009.

d'approvisionnement.⁷⁶ Cette lacune n'empêche pas les actions en réparation contre une entreprise qui a son siège en Suisse. Elle signifie seulement que l'issue d'une procédure dans le cadre des art. 41 ou 55 CO, les seules dispositions envisageables, est incertaine pour toutes les parties. Au vu de l'insécurité juridique à l'étranger et en Suisse, alors que la notion de diligence raisonnable se précise en droit international, il s'impose d'introduire une norme claire de diligence en matière de droits de l'homme et de clarifier les règles correspondantes de responsabilité civile. C'est ce que propose de faire le contre-projet indirect à l'initiative populaire pour des entreprises responsables.

2. Débats relatifs au contre-projet indirect à l'initiative pour des entreprises responsables

En juin 2018, le Conseil national a adopté le texte d'un contre-projet indirect à l'initiative pour des entreprises responsables dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme.⁷⁷ Ce texte qui entend modifier le code des obligations introduit un devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement et précise les conditions de responsabilité pour le dommage causé par une filiale.⁷⁸ Après avoir été rejeté par le Conseil des États, le Conseil national a voté son maintien en juin 2019 mentionnant certains principes pour faciliter son adoption par le Conseil des États. Depuis, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États a élaboré un texte presque similaire.⁷⁹ Les paragraphes qui suivent présentent les deux éléments les plus importants du contre-projet indirect : l'introduction d'un devoir de diligence et une nouvelle norme de responsabilité civile.

Premièrement, le contre-projet du Conseil national et de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États prévoit d'introduire l'art. 716a^{bis} P-CO qui définit le comportement spécifique que le conseil d'administration doit adopter en matière de droits de l'homme et d'environnement et donc la diligence qu'il doit exercer. Cette disposition se calque sur le processus de diligence des Principes directeurs des Nations Unies. En vertu de cette disposition, il appartient au conseil d'administration d'identifier les conséquences potentielles et effectives de l'activité de la société sur les droits de l'homme et l'environnement et de les évaluer. En tenant compte des

76 Supra, II.B.

77 Conseil national, 16.077 Droit de la société anonyme, dépliant Session d'été 2018, p. 204–213, <www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N11%20F.pdf>.

78 CHRISTINE KAUFMANN, « Global agieren, lokal profitieren – und keine Verantwortung? », *Swiss Review of Business & Financial Market Law* (2018), 329–340, 336–8 ou NICOLAS BUENO, « The Swiss Responsible Business Initiative and its Counter-Proposal: Texts and Current Developments » *Business & Human Rights Journal Blog*, 7 December 2018, pour une présentation générale.

79 Conseil des États, 16.077 Droit de la société anonyme, dépliant Session d'automne 2019, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S2-4%20F.pdf>>.

possibilités d'influence de la société, il doit ensuite mettre en œuvre des mesures visant à réduire les risques constatés et réparer les violations. Il doit enfin surveiller l'efficacité des mesures prises et en rendre compte. Cette diligence porte également sur les conséquences de l'activité des filiales et de relations d'affaires avec des partenaires commerciaux,⁸⁰ c'est-à-dire également ses fournisseurs.

Le champ d'application personnel de ce devoir de diligence est plus restrictif que le texte de l'initiative populaire. En effet, il s'applique aux entreprises de grande taille : celles qui dépassent à elles seules ou conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères contrôlées, deux des valeurs suivantes : un total du bilan de 40 millions de francs ; un chiffre d'affaire de 80 millions de francs ou un effectif de 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle.⁸¹ Pour toute autre entreprise, seules celles dont les activités présentent un risque particulièrement élevé sont légalement tenues de faire preuve de cette diligence. Si le contre-projet est adopté, il appartiendra au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'application et déterminer les activités à risque.⁸² Malgré cette restriction, ces deux textes introduisent une norme claire une norme claire de gestion et de supervision des risques en matière de droits de l'homme au sein de groupes d'entreprises et dans la chaîne d'approvisionnement. À cet égard, ils reflètent le standard international.

Deuxièmement, le contre-projet indirect du Conseil national ainsi que celui de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États entendent modifier l'art. 55 CO en incluant une disposition relative à la responsabilité civile de l'entreprise pour le fait d'une entreprise contrôlée. En vertu de cette disposition, les entreprises légalement tenues au devoir de diligence sont responsables du dommage causé par des entreprises qu'elles contrôlent. Elles ne répondent d'aucun dommage si elles apportent la preuve qu'elles ont pris les mesures de protection prévues par la loi pour empêcher le dommage ou qu'elles ne pouvaient pas influencer le comportement de l'entreprise contrôlée. Les conditions d'application de cette responsabilité spéciale pour le fait d'une entreprise contrôlée sont pour l'heure restrictives.

Tout d'abord, seules les entreprises légalement tenues au devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement peuvent être tenues responsables du dommage causé par des entreprises qu'elles contrôlent. Ensuite, et au contraire de l'initiative, il n'y a pas de contrôle au sens de l'art. 55 P-CO parce qu'une entreprise dépend économiquement d'une autre.⁸³ Cela signifie que cette disposition ne s'appliquerait jamais pour le fait d'un fournisseur, même s'il est entièrement dépendant de l'entreprise qui le contracte. Cela n'est pas grave d'exclure une responsabilité spéciale pour le fait d'un fournisseur. Ce qui pose problème, c'est qu'en pratique l'entreprise

80 WERRO, *supra*, n. 65, p. 437.

81 Art. 716a^{bis} al. 3 P-CO contre-projet indirect du Conseil national.

82 Art. 716a^{bis} al. 4 P-CO contre-projet indirect du Conseil national.

83 Art. 55 al. 1^{er} P-CO contre-projet indirect du Conseil national.

contractante peut dicter les conditions de production de son fournisseur, par exemple lorsqu'il est son principal, voire unique, acquéreur et l'amener à violer les droits de l'homme. Les victimes ne pouvant se prévaloir de la responsabilité spéciale de art. 55 P-CO devront alors se tourner vers la responsabilité subsidiaire pour faute de l'art. 41 CO. Toutefois, le contre-projet ne règle pas non plus cette question et l'insécurité persiste. À titre de comparaison, la loi française sur le devoir de vigilance a trouvé un compromis en prévoyant une responsabilité pour faute de l'entreprise contractante, mais seulement en lien avec un dommage d'un fournisseur avec lequel il entretient une relation commerciale établie.

Enfin, pour que l'art. 55 P-CO s'applique, non seulement la société mère doit contrôler une filiale.⁸⁴ Encore doit-elle la contrôler effectivement. La société mère doit avoir assumé effectivement sa possibilité de contrôle.⁸⁵ Cette condition est floue et ne ressort aucunement du standard international. Ce qui devrait être déterminant est que l'entreprise contrôle une autre entreprise et dès lors qu'elle ait la possibilité de l'influencer, non qu'elle exerce effectivement cette possibilité. Une discussion semblable aura certainement lieu dans l'affaire Vedanta précitée.⁸⁶ Dans tous les cas, il faut éviter que la passivité d'une entreprise la libère de sa responsabilité. Soit elle contrôle l'entreprise et alors elle a un devoir d'agir, soit elle ne la contrôle pas et dans ce cas une responsabilité spéciale pour le fait d'une filiale ne s'applique pas.

Bien qu'il soit restrictif, restrictif, l'art. 55 P-CO reste une amélioration par rapport au droit positif. Il clarifie le lien entre diligence et responsabilité de l'entreprise, du moins pour certaines sociétés mères. La preuve de l'exercice de la diligence raisonnable permet à l'entreprise de se libérer de sa responsabilité. Une majorité de la doctrine admet d'ailleurs déjà la responsabilité de la société mère pour le fait d'une filiale,⁸⁷ ce qui n'étendrait donc pas le cadre actuel de la responsabilité.⁸⁸ Enfin, le projet de la Commission des affaires juridiques de Conseil des États prévoit en outre l'obligation de passer devant une autorité de conciliation spéciale en ce qui concerne les litiges relevant de la responsabilité pour les entreprises contrôlées.⁸⁹ Cette option reste préférable à l'ajout de conditions supplémentaires de responsabilité. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États avait en effet préalablement proposé en vain d'inclure une condition de subsidiarité ; les demandeurs devant prouver, en plus, que l'entreprise à l'étranger est en faillite et qu'il est peu probable que la juridiction étrangère rende une décision dans un délai convenable pouvant être recon-

84 Au sens de l'art. 963 al. 2 CO.

85 Conseil national, Rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques sur les propositions de la commission en vue du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables ... » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, 18 mai 2018, p. 14.

86 Supra, n. 31.

87 Supra, n. 66.

88 WERRO, supra n. 65, p. 441.

89 A rt. 212a P-CPC contre-projet indirect de la Commission des affaires juridiques du Conseil des États.

nue en Suisse.⁹⁰ Une telle condition révèle le manque de connaissance des Principes directeurs des Nations Unies et des développements internationaux. Le fait qu'une filiale étrangère soit en faillite ou ne peut être poursuivie à l'étranger en raison du système judiciaire n'a aucune conséquence sur le fait que la société mère doit exercer elle-même sa diligence raisonnable.

C. La mise en œuvre en droit de la responsabilité pénale

En matière de responsabilité pénale de l'entreprise, le droit suisse est plus limité que le droit français, hollandais ou canadien, par exemple. Pour la grande majorité des infractions, l'imputation d'une infraction à l'entreprise requiert en vertu de l'art. 102 al. 1 CP qu'aucune personne physique ne puisse être déterminée. Il s'agit d'une responsabilité subsidiaire.

Dans l'affaire de l'assassinat d'un dirigeant syndical travaillant pour une filiale colombienne de la société mère Nestlé, le Tribunal fédéral a présenté les trois conditions d'application de l'article 102 al. 1 CP : la réalisation d'une infraction de base, l'existence de carences d'organisation et que celles-ci empêchent d'imputer l'infraction de base à une personne physique déterminée au sein de l'entreprise.⁹¹ La responsabilité subsidiaire n'introduit pas un devoir de diligence en vue d'empêcher une infraction au sens du standard international. Elle se limite à ce que l'entreprise définisse clairement les postes, les compétences et les responsabilités au sein de l'entreprise⁹² afin que les autorités de poursuite pénale puissent déterminer la personne responsable en cas d'infraction. Sur la nature de la norme, le Tribunal fédéral a même laissé entendre que la responsabilité subsidiaire de l'entreprise pourrait être appréhendée comme une simple contravention ou un délit contre l'administration de la justice.⁹³

Cette responsabilité subsidiaire n'a pas été soulevée dans l'affaire Argor. Dans cette affaire, l'entreprise domiciliée en Suisse était soupçonnée d'avoir raffiné de l'or pillé par des rebelles dans le nord de la République démocratique du Congo et donc de s'être rendue coupable de complicité de crime de guerre. Après avoir ouvert une enquête et constaté que l'or avait bien été pillé par des rebelles, le Ministère public de la Confédération a toutefois classé l'affaire au motif que rien ne permettait d'affirmer que l'entreprise connaissait l'origine criminelle de l'or pillé.⁹⁴

90 Conseil des États, 16.077 Droit de la société anonyme, dépliant session de printemps 2019, art. 55a al. 6 P-CO, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S2-2%20F.pdf>>.

91 BGer 6B_7/2014 (21 juillet 2014), consid. 3.4.3.

92 BGer 6B_7/2014, consid. 3.4.3.

93 BGer 6B_7/2014, consid. 1.2.

94 Ministère public de la Confédération, Einstellungsverfügung Argor du 10.03.2015 (non publiée). Bueno, supra, n. 63, 1021.

L'art. 102 al. 1 CP ne peut pas être considéré comme une norme de prévention des incidences sur les droits de l'homme,⁹⁵ comme le prévoit le standard international. Au contraire, l'article 102 al. 2 CP introduit un devoir d'empêcher une infraction. En vertu de l'article 102 al. 2 CP, l'entreprise est punie s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une infraction. Cette norme s'applique toutefois à un catalogue restreint d'infractions comme le financement du terrorisme et la corruption d'agents publics.

La jurisprudence relative à l'article 102 al. 2 CP reste néanmoins très pertinente pour le débat sur la diligence en matière de droits de l'homme en Suisse, tant en droit pénal qu'en droit civil d'ailleurs. Dans l'affaire Alstom, par exemple, la filiale suisse Alstom Schweiz AG gérait les contrats conclus avec des consultants externes chargés d'acquérir des clients à l'étranger. Alstom Schweiz AG avait contracté des consultants externes et leur virait de l'argent via des entreprises offshores ou des sociétés-écran. Ces consultants utilisaient cet argent pour corrompre des agents publics à l'étranger. Le Ministère public de la Confédération a analysé l'organisation interne d'Alstom Schweiz AG afin de déterminer si l'entreprise avait pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers. L'enquête a révélé que les employés du *compliance office* d'Alstom Schweiz AG n'étaient pas suffisamment expérimentés et que l'entreprise avait agi en claire violation des directives internes de la société mère Alstom en virant de l'argent à des entreprises offshores et à des sociétés-écran. Il a conclu que l'entreprise n'avait pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires, au sens de l'article 102 al. 2 CP, pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers.⁹⁶

Dans l'affaire Nitrochem, le Ministère public de la Confédération a condamné l'entreprise Nitrochem AG, filiale de l'entreprise Ameropa pour corruption d'agents publics en Libye. La filiale domiciliée en Suisse, au siège de la maison-mère, n'avait pas non plus pris les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la corruption. La décision cite l'absence d'un règlement d'organisation, de directives internes, d'un code de conduite, d'un poste interne de *compliance* et de mise en place d'un programme de formation pour empêcher la corruption d'agents étrangers comme manque d'organisation.⁹⁷

Ces affaires montrent qu'une norme de diligence en matière de corruption existe déjà en Suisse. Celle-ci pourrait donc sans difficulté s'appliquer à d'autres infractions couvrant des violations des droits de l'homme. Mark Pieth propose d'ailleurs d'élar-

95 Dans ce sens, MARK PIETH, « Die strafrechtliche Haftung für Menschenrechtsverletzungen im Ausland », 26 *Pratique Juridique Actuelle* (2017), 1010.

96 Ministère public de la Confédération, Summary Punishment Order, 22 November 2011, EAI1.04.0325-LEN (non publié). Cf. Nicolas BUENO, « Swiss Multinational Enterprises and Transnational Corruption: Management Matters », *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* (2017), 205.

97 Ministère public de la Confédération, Einstellungsverfügung/Strafbefehl, 31. Mai 2016, SV.12.0120-DCA, p. 6 (non publié).

gir l'article 102 CP à toutes les infractions pénales sur l'exemple de l'article 102 al. 2 CP.⁹⁸ Une suggestion intermédiaire serait d'étendre le catalogue des infractions de l'article 102 al. 2 CP en identifiant celles pouvant être associées à une violation d'un droit de l'homme. De cette manière, l'art. 102 CP pourrait devenir une norme de mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

V. Conclusion

Depuis l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, la question du lien entre diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise ne cesse de se poser. Récemment, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme a clarifié ce lien. Il recommande aux États de préciser leur droit de la responsabilité civile et pénale en énonçant des normes claires de gestion et de supervision pour les entreprises en vue d'identifier, de prévenir et d'atténuer leurs incidences sur les droits de l'homme. Ces normes de gestion et de supervision devraient s'appliquer tant au sein de groupes d'entreprises que dans les chaînes d'approvisionnement.

Malgré ces recommandations, l'absence de normes claires de diligence raisonnable est la règle en droit comparé, ce qui est source d'insécurité juridique. Cet article a montré que la jurisprudence comparée relative aux violations des droits de l'homme à l'étranger commises par des entreprises est aléatoire. Pour pallier cette insécurité, plusieurs États commencent à régler la question par la voie législative, du moins lorsque cela ressort de leur tradition juridique.

En Suisse, le Conseil fédéral a confirmé son intention de n'adopter aucune norme de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Il ne souhaite pas non plus clarifier le lien entre la diligence et la responsabilité civile ou pénale de l'entreprise. Au contraire, le Conseil national a adopté un contre-projet indirect à l'initiative pour des entreprises responsables. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États a également élaboré un texte. Les deux textes prévoient un devoir de diligence en matière de droits de l'homme et une clause spécifique de responsabilité de la société mère pour le dommage causé par une filiale. L'inclusion du devoir de diligence reflète les recommandations internationales et les conditions de responsabilité civile du contre-projet indirect pour le dommage causé à l'étranger par une entreprise contrôlée sont claires en restant strictes. Néanmoins, si le Parlement manque l'occasion d'adopter un contre-projet ou si un contre-projet est adopté sans clause de responsabilité, le peuple devra se prononcer sur l'initiative populaire.

98 PIETH, *supra*, n. 95, 1014.

Quant à la responsabilité pénale de l'entreprise en droit positif suisse, elle ne couvre pas toutes les atteintes graves aux droits de l'homme. Seul l'art. 102 al. 2 CP est une norme de diligence de l'entreprise au regard du standard international, mais il ne couvre que quelques infractions. Pour l'heure, il manque donc une norme pénale claire de gestion et de supervision qui incombe à l'entreprise en matière de droits de l'homme. Il suffirait pour cela d'élargir le catalogue des infractions de l'article 102 al. 2 CP aux infractions graves pouvant être qualifiées de violation des droits de l'homme.