

**Rapport explicatif
de l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables
– pour protéger l'être humain et l'environnement »**

Editeur : Association initiative multinationales
responsables, Monbijoustrasse 31, Boîte postale, 3001
Berne, +41 31 390 93 36, [info@initiative-
multinationales.ch](mailto:info@initiative-multinationales.ch)

Table des matières

1	Formulation de l’initiative	4
2	Situation initiale à l’élaboration de l’initiative	5
2.1	En fait	5
2.2	En droit	5
2.2.1	Droit international public	5
2.2.2	Les développements internationaux	6
2.2.3	Droit national et développements en Suisse	8
2.2.3.1	En général	8
2.2.3.2	Développements en Suisse	8
2.2.3.3	Objet de l’initiative – Devoir de diligence raisonnable et mécanismes de mise en œuvre	10
3	Buts et contenu de l’initiative	15
3.1	Vue d’ensemble	15
3.1.1	Article définissant le but et mandat général à la Confédération (alinéa 1)	15
3.1.2	Dispositions concrètes - Principes centraux de responsabilité (alinéa 2)	15
3.2	Commentaire des principes de responsabilité (alinéa 2)	16
3.2.1	Structure	16
3.2.2	Champ d’application	17
3.2.2.1	Champ d’application personnel	17
3.2.2.2	Champ d’application territorial	18
3.2.3	Respect des droits de l’homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales (lettre a)	22
3.2.3.1	« Droits de l’homme internationalement reconnus »	22
3.2.3.2	La responsabilité de respecter des entreprises	23
3.2.3.3	« Normes environnementales internationales »	27
3.2.4	Le devoir de diligence raisonnable (lettre b)	31
3.2.4.1	Principes généraux	31
3.2.4.2	L’examen de la diligence raisonnable au regard du droit de la responsabilité extracontractuelle	35
3.2.5	La responsabilité pour le manque de diligence dans une relation de contrôle (lettre c)	39
4	Conséquences juridiques	48
4.1	Droit international public	48

4.1.1	Initiative pour la protection des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales	48
4.1.2	Conformité de l'initiative avec le droit international	48
4.2	En droit constitutionnel	49
4.2.1	Initiative pour la mise en œuvre du devoir de protéger incombant à l'État.....	49
4.2.2	Autres relations avec le droit constitutionnel – en particulier le principe de proportionnalité.....	50
4.3	Au niveau la loi	53
4.3.1	Mise en oeuvre en droit fédéral	53
4.3.2	Les mesures à adopter et le droit positif	54

Rapport explicatif

1 Formulation de l'initiative

Le texte de l'initiative populaire fédérale « *Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement* » est le suivant :

La Constitution est modifiée comme suit :

Art. 101a Responsabilité des entreprises

1 La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

2 La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :

- a. les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales ; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent ; les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre ; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique ;
- b. les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable ; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises ; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires ; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement ; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure ;
- c. les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité ; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ;
- d. les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

2 Situation initiale à l'élaboration de l'initiative

2.1 En fait

L'économie se globalise au niveau international et la Suisse est *l'État du siège* de nombreuses entreprises multinationales. L'activité de ces entreprises peut être économiquement avantageuse pour la Suisse en tant qu'État d'origine tout comme pour les États d'accueil.

Parallèlement, le monde scientifique, la société civile (notamment des organisations non gouvernementales) et des acteurs politiques démontrent que les activités économiques transnationales de certaines entreprises comportent également des difficultés notoires pour la Suisse. Dans un contexte d'intense concurrence, les entreprises peuvent être tentées de négliger certains principes ou certaines normes de conduite adéquats afin d'obtenir un avantage concurrentiel¹. Comme le constate le Conseil fédéral également, la violation des droits humains et la pollution de l'environnement qui en découlent comptent parmi les conséquences négatives les plus importantes².

2.2 En droit

2.2.1 Droit international public

Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme³ apportent pour la première fois un cadre de référence internationalement reconnu pour les États et les entreprises afin de faire face à ces difficultés⁴. Les Principes directeurs des Nations Unies se basent fondamentalement sur trois piliers :

- 1) *L'obligation de protéger incombant à l'État* (state duty to protect). Les États ont l'obligation de protéger les droits humains contre des atteintes commises par des entreprises.
- 2) *La responsabilité incombant à l'entreprise de respecter les droits humains* (corporate responsibility to respect). Les entreprises ont la responsabilité de respecter les droits humains⁵. Au cœur de cette responsabilité, les entreprises doivent exercer la diligence raisonnable (human rights due diligence) afin de prévenir la violation des droits humains.

¹ OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, 2011, Préface, p. 17, <https://www.oecd.org/fr/investissement/mne/2011102-fr.pdf>

² Conseil fédéral, Rapport de droit comparé: Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger, 2 Mai 2014, p. 2, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/ber-apk-nr-f.pdf>

³ Nations Unies, Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf

⁴ Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 3.

⁵ La responsabilité de respecter est une notion de *Soft Law* qui représente une ligne directrice pour l'élaboration et l'interprétation du droit national. Cette norme s'adresse directement aux États et indirectement aux entreprises (cf. ch. 3.2.3.2 pour l'effet horizontal des droits fondamentaux). Les Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales (n.1), sont une autre source de cette responsabilité des entreprises de respecter les droits humains.

- 3) *Accès à la réparation* (access to remedy). Les États doivent s'assurer que les personnes affectées aient accès à des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation.

Les incidences potentielles que des entreprises pourraient avoir sur les droits humains devraient être traitées par des mesures de prévention ou d'atténuation des effets alors que les incidences qui se sont déjà produites doivent faire l'objet de mesures correctives⁶. Les Principes directeurs des Nations Unies mettent ainsi l'accent tant sur la *prévention* que sur la *réparation*.

Ce cadre de référence repose en partie sur le droit international *juridiquement contraignant* et en partie sur des normes internationales de *Soft Law* qui forment les directives les plus actuelles à l'élaboration et à l'interprétation du droit national⁷.

Les Principes directeurs de l'OCDE ont repris ces développements en adressant des recommandations précises à l'attention des entreprises multinationales dans la conduite de leurs activités domestiques et à l'étranger. En tant que standards internationalement reconnus, ces principes de l'OCDE et ceux des Nations Unies forment le cadre de référence pour l'élaboration du droit suisse. L'initiative proposée repose principalement sur ces standards internationaux. Les initiates et les initiants sont toutefois conscients qu'il existe d'autres normes internationalement reconnues auxquelles la Suisse doit se conformer, mais il serait trop détaillé de les mentionner nommément dans ce rapport explicatif⁸.

2.2.2 Les développements internationaux

La question de la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies a dynamisé les développements internationaux en matière de responsabilité des entreprises. Tous les États sont tenus d'élaborer un Plan d'Action National au niveau du droit et des politiques pour la mise en œuvre des Principes directeurs. Au moment de publier ce rapport explicatif, 13 États ont déjà publié leur plan d'action et 22 autres se sont engagés à l'élaborer⁹. Des projets concrets, au contraire de la Suisse (cf. ch. 2.2.3.2 *infra*), en ont résulté. Dans son Plan d'Action, l'Italie a annoncé l'examen d'une réforme législative en vue d'introduire

⁶ Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 17 (commentaire), p.21.

⁷ Pour les développements récents, cf. Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), General Comment No.24 (2017) on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities, UN Doc. E/C.12/GC/24, 23 août 2017; Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises, 2 mars 2016.

⁸ Pour une liste non exhaustive des normes internationales, cf. Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 4 ss ; Conseil fédéral, Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (par la suite : Plan d'Action National), 9 décembre 2016, p.19 ss, <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/46598.pdf> ; Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement, 1 avril 2015, p. 20 ss, <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38882.pdf>. Sur l'accès à la réparation, cf. les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation [...], Résolution 60/147 de l'Assemblée générale des Nations Unies, 16 décembre 2005.

⁹ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

une obligation de diligence raisonnable¹⁰. L'Allemagne entend évaluer régulièrement la mise en œuvre de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme au sein des entreprises allemandes dès 2018.

Si, jusqu'en 2020, au moins 50% des grandes entreprises ne disposent pas d'un processus robuste de diligence raisonnable, le gouvernement fédéral prévoit l'examen de mesures supplémentaires pouvant aller jusqu'à l'introduction d'obligations légales¹¹. Aux Pays-Bas, le Plan d'Action a élaboré et introduit des «Agreements on International Responsible Business Conduct» (IRBC Agreements)¹². Il s'agit d'accords sectoriels entre associations économiques, entreprises, gouvernement, syndicats et ONGs, qui contiennent un devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et des mécanismes de sanction. Il est prévu que le gouvernement transforme ultérieurement ces accords pour leur conférer une force juridiquement contraignante.

Par ailleurs, de nombreuses institutions internationales se sont prononcées par le biais de recommandations sur les Principes directeurs des Nations Unies et notamment le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹³ et le Comité des Nations Unies pour les droits économiques, sociaux et culturels¹⁴. Ils recommandent aux États d'exiger de manière juridiquement contraignante des entreprises qu'elles fassent preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. L'évolution de normes de *soft law* vers des règles juridiquement contraignantes¹⁵ se reflète dans divers projets législatifs nationaux, qui présentent des ressemblances avec la présente initiative.

C'est ainsi qu'en France, la récente « Loi relative au devoir de vigilance », qui a modifié le Code du Commerce, exige des entreprises d'une certaine importance qu'elles mettent en place un processus complet de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement. Ce processus s'étend aux « activités de l'entreprise et de celles des sociétés qu'elle contrôle [...] ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie ». Le manquement à ces obligations engage la responsabilité civile de l'entreprise et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter¹⁶.

¹⁰ « Planned measures: Conduct a comprehensive review of the existing commercial and civil law to assess and evaluate legislative reform introducing provisions such as the 'duty of care' or due diligence for companies » (Plan d'action national italien, 2016, p.17)

¹¹ Plan d'action national allemand, 2016, pp. 12 et 40.

¹² http://www.internationalrbc.org/?sc_lang=en

¹³ Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (n.7)

¹⁴ General Comment No. 24 (n.7)

¹⁵ KAUFMANN CHRISTINE, Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich – wie sinnvoll ist ein Swiss Finish?, AJP 8/2017, S.967 ff.

¹⁶ Loi relative au devoir de vigilance.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034290626&dateTexte=&categorieLien=id> et Code du commerce français. Article L.225-102-4 ch. I al. 3 CC FR; art. L.225-102-5 CC FR

D'autres actes législatifs sont à relever :

- Les réglementations américaine et européenne sur le devoir de diligence relatif aux chaînes d'approvisionnement pour les importateurs de minerais originaires de zones à haut risque¹⁷
- La loi britannique imposant un devoir de déclarer l'absence d'esclavage et de traite d'êtres humains dans les chaînes d'approvisionnement¹⁸
- Le projet de loi au Pays-Bas sur l'introduction d'une obligation de diligence en matière d'interdiction du travail des enfants¹⁹.

2.2.3 Droit national et développements en Suisse

2.2.3.1 En général

Les Principes directeurs des Nations Unies proposent un assortiment judicieux de mesures contraignantes et volontaires²⁰. Par ailleurs, ils prévoient que les mesures juridiquement contraignantes sont à considérer dans l'ensemble de l'ordre juridique, c'est-à-dire en droit pénal, administratif et civil²¹.

2.2.3.2 Développements en Suisse

Le gouvernement suisse a soutenu personnellement et financièrement l'élaboration des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Le débat de politique interne a toutefois été mené principalement par la société civile et le Parlement.

Le Plan d'Action National visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies

Le 14 décembre 2012, le Conseil national a adopté, sur recommandation du Conseil fédéral, le postulat « Une stratégie Ruggie pour la Suisse » (12.3503). Ce postulat chargeait le Conseil fédéral de soumettre à l'Assemblée fédérale un rapport sur une stratégie Ruggie, c'est-à-dire un Plan d'Action National en matière d'économie et droits de l'homme. En décembre 2016, à la suite d'un long processus critiqué à de nombreuses reprises par les organisations de la société civile, le Conseil fédéral a publié le Plan d'Action National visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies. Ce

¹⁷ Dodd-Frank Act, Section 1502, <https://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67716.pdf> et Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 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,

<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0821&from=FR>

¹⁸ Modern Slavery Act, 2015, section 54,

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/pdfs/ukpga_20150030_en.pdf

¹⁹ Wet Zorgplicht Kinderarbeid, Kamerstukken I, 2016/17, 34 506, adopté par la deuxième chambre le 7 février 2017.

https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/34506_initiatiefvoorstel_kuiken

²⁰ Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 3 commentaire, p.5.

²¹ *Id.*, Principe 1, 3, 7 et 25 (et commentaires).

plan ne reflète pas la tendance internationale présentée ci-dessus en direction de normes contraignantes. Au contraire, il se contente de présenter les règles et politiques en Suisse déjà existantes en la matière. Il renonce à l'introduction de règles contraignantes, p. ex pour les secteurs à risque ou en vue d'adapter le droit suisse aux directives européennes. Sur 50 « instruments politiques » listés, seuls 6 sont nouveaux et ceux-ci se limitent à promouvoir ou améliorer des instruments existants de politique extérieure. Une analyse détaillée du plan d'action national se trouve sur le site Initiative multinationales responsables.

Pétition « Droit sans frontière »

En novembre 2011, une coalition de quelques 50 organisations non gouvernementales suisses ont lancé la pétition « Droit sans frontière ». Cette pétition demandait au Conseil fédéral et au Parlement de s'assurer que « les sociétés domiciliées en Suisse soient tenues de respecter les droits humains et l'environnement partout dans le monde ». La résonance médiatique et l'intérêt international de la pétition ont permis un nouveau débat en Suisse sur la responsabilité des entreprises. La campagne « Droit sans frontière » a en particulier permis d'amener la discussion, alors confinée au sein de la société civile et des entreprises, au niveau politique. La pétition a été déposée après 7 mois seulement, en juin 2012, avec 135'000 signatures.

Interventions parlementaires

Dès 2012, plusieurs interventions parlementaires ont également été déposées, en partie en raison de l'intérêt croissant du public à une réaction politique sur les reproches faits à certaines entreprises multinationales suisses. En 2012 et 2013, 9 interventions ont porté sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies, sur une combinaison intelligente de mesures contraignantes et volontaires dans ce domaine ou encore sur les développements internationaux dans le domaine économie et droits de l'homme. Par ailleurs, les commissions de politique extérieure du Conseil national et des États ont discuté à de nombreuses reprises la pétition « Droit sans frontière », ce qui a abouti à plusieurs interventions parlementaires.

Le postulat (12.3980) de la Commission de politique extérieure du Conseil national a conduit au « Rapport de droit comparé : Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger », publié en mai 2014 et accompagné d'une étude de l'Institut suisse de droit comparé. Le rapport avance que : « la densité des entreprises multinationales ayant leur siège en Suisse est particulièrement élevée. On peut dès lors se demander si la Suisse ne devrait pas assumer un rôle de précurseur en matière de mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et d'autres standards internationaux relatifs au respect des droits humains et à la protection de l'environnement »²². En mars 2015, la motion (14.3671) qui exigeait un projet de consultation avait tout d'abord été acceptée par 91 voix contre 90. Suite à une proposition de réexamen, le Conseil national l'a finalement rejetée par 95 voix contre 86.

²² Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 8.

Mesures déjà adoptées (LPSP)

Dans ce contexte, il est nécessaire de mentionner une mesure législative que le Parlement a déjà adoptée en la matière : la *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* (LPSP, RS 935.41) du 27 septembre 2013. Cette loi oblige les entreprises de sécurité privées ayant un lien suffisant avec la Suisse (p.ex. un siège en Suisse) de respecter le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées (ICoC) dans leurs activités à l'étranger. Elles doivent respecter les droits humains indépendamment de la situation juridique dans l'État concerné. Par cette mesure, la Suisse met ainsi en œuvre l'obligation de protéger telle qu'elle est prévue dans le *Document de Montreux*²³. Cette loi fédérale prévoit un mécanisme administratif d'autorisation et de contrôle ainsi que des règles de conduite pour les entreprises. Les personnes qui contreviennent à ces règles de conduite sont passibles de sanctions pénales. Cette loi et ses modalités peuvent inspirer d'autres réglementations qui ont trait à la protection des droits de l'homme et de l'environnement²⁴. La LPSP peut donc orienter la discussion relative à l'initiative proposée.

2.2.3.3 **Objet de l'initiative – Devoir de diligence raisonnable et mécanismes de mise en œuvre**

Après le rejet à une courte majorité de la motion (14.3671) sur l'introduction d'un devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour les sociétés anonymes et la position du Conseil fédéral dans le Plan d'action national de renoncer à introduire des mesures contraignantes, les initiates et initiants constatent que la Suisse est à la traîne en comparaison avec la tendance internationale à l'adoption d'une obligation en matière de diligence raisonnable.

Dès lors, la législation suisse présente d'importantes lacunes de protection, tant en ce qui concerne la prévention que la réparation – les deux éléments centraux des Principes directeurs des Nations Unies (cf. ch. 2.2.1 *supra*). Ces lacunes doivent être comblées. L'initiative populaire a ainsi pour objet central l'introduction d'un devoir de diligence accompagné des principes pour sa mise en œuvre effective.

L'initiative pour des entreprises responsables a été lancée en avril 2015 et déposée en octobre 2016. Le 1^{er} novembre 2016, la Chancellerie fédérale a constaté l'aboutissement de l'initiative avec 120'418 signatures valables. Le Conseil fédéral a annoncé en janvier 2017 qu'il recommandait le rejet de l'initiative. Le message du Conseil fédéral a été publié le 15 septembre 2017.

(A) Introduction d'un devoir de diligence raisonnable en matière de droits humains

La diligence raisonnable que doivent exercer les entreprises en matière de droits humains se trouve au cœur de la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains (cf. ch. 2.2.1 *supra* et Principes directeurs des Nations Unies 13 et 17). Le texte constitutionnel a pour but premier d'éviter la violation de droits humains grâce à une meilleure prise de conscience des risques. Les questions environnementales doivent y être incluses compte tenu de leur lien étroit avec les droits humains (cf. ch. 1 *supra* et ch. 3.2.3.3 *infra*). Avec l'introduction d'un devoir de diligence raisonnable, l'initiative crée les bases

²³ Le Document de Montreux a été adopté le 17 septembre 2008 par 17 Etats participants, dont la Suisse.

²⁴ Voir également Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 3.

constitutionnelles nécessaires à une prévention effective des risques d'atteinte aux droits humains et à l'environnement.

Le Principe 17 des Principes directeurs des Nations Unies contient les éléments essentiels de « la diligence raisonnable en matière de droits humains ». Conformément à ce principe, « afin d'*identifier* leurs incidences sur les droits de l'homme, *prévenir* ces incidences et en *atténuer* les effets, et *rendre compte* de la manière dont elles y remédient, les entreprises doivent faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. » Les Principes directeurs de l'OCDE ont repris cette notion (cf. OECD, IV, §45) en indiquant que la diligence raisonnable « implique d'*évaluer* les incidences réelles et potentielles sur les droits de l'homme, d'*intégrer* les résultats et d'*engager des actions* correspondantes, de suivre les réponses et de *faire connaître les mesures prises* pour parer aux incidences. » Les éléments de la diligence raisonnable prévus en droit international peuvent être résumés ainsi :

- identifier les risques ;
- prendre des mesures ;
- rendre compte.

Ces éléments sont abordés en détail ci-dessous (cf. ch. 3.2.4 *infra*). À cet égard, il convient de préciser que toute proposition légale, encadrée par la Constitution, doit notamment répondre aux questions suivantes :

- « Qui » : La responsabilité d'exercer la diligence raisonnable doit être clairement définie au sein de l'entreprise (et notamment au niveau des organes dirigeants).
- « Quoi » : Les attentes concernant la diligence raisonnable et en matière de publication doivent être précisées.
- « Comment » : Le processus de diligence raisonnable doit être clarifié. La publication de rapports en matière d'environnement et de droits humains fait partie de ce processus, mais cette mesure n'est pas suffisante dans le cadre du processus de diligence raisonnable.

Ce dernier point reprend clairement l'idée : « *pas de publication de rapports sans devoir de diligence raisonnable* ». Pour être conforme aux normes du droit international, seule une loi qui contient un devoir de diligence raisonnable au-delà d'une obligation de publier entre en considération. L'obligation de publier un rapport est insuffisante. Elle n'oblige pas les entreprises à identifier de manière active les risques et à prendre des mesures préventives pour empêcher des atteintes. La publication d'un rapport n'est qu'une obligation de transparence qui ne comporte aucun devoir d'agir de manière à prévenir les atteintes aux droits humains ou à l'environnement. Les initiatives et initiants se positionnent ainsi clairement contre la solution envisagée par le Conseil fédéral de se limiter à une obligation de transparence (cf. ch. 2.2.3.2 *supra*).

Le Comité d'initiative soutient également l'idée : *pas d'obligation sans mécanisme effectif de mise en œuvre*.

(B) Mécanismes de mise en œuvre effective

Un élément nécessaire à toute obligation légale et sa mise en œuvre effective (par l'État). Cela concerne en particulier l'accès à la réparation qui est le troisième pilier des Principes directeurs des Nations Unies. Les victimes de violations des droits humains doivent pouvoir avoir accès à des voies de recours efficaces (cf. ch. 2.2.1 *supra*). Le deuxième

élément central de l'initiative constitutionnelle établit ainsi les bases d'une mise en œuvre effective du devoir de diligence raisonnable.

Il est vrai que des mécanismes de réclamation non-étatiques (p. ex au niveau de l'entreprise) peuvent contribuer à une mise en œuvre effective. Toutefois, tant les Principes directeurs des Nations Unies que ceux de l'OCDE précisent que les mécanismes ne relevant pas de l'État peuvent compléter, mais ils ne sauraient remplacer les mécanismes judiciaires de l'État²⁵. Les mécanismes étatiques ont en effet une importance centrale pour la mise en œuvre effective du devoir de diligence raisonnable. À cet égard, tant le droit administratif, pénal et civil entrent en considération. Il appartiendra au législateur d'élaborer les mécanismes de mise en œuvre appropriés dans ces domaines du droit. Des mécanismes de *contrôle* préalable et de *sanction* sont à considérer. Le texte constitutionnel se limite à donner une ligne directrice.

En *droit administratif*, une procédure de contrôle est envisageable. L'octroi d'une autorisation préalable peut dépendre de conditions pour le respect des droits humains et de l'environnement (p.ex. la diligence raisonnable et l'obligation de transparence). Cela vaut notamment pour les secteurs particulièrement *sensibles* qui font déjà l'objet d'un contrôle d'une autorité de surveillance ou pour ceux pour lesquels une telle surveillance semble nécessaire (à l'image de la *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger* présentée ci-dessus).

En *droit pénal*, un complément des infractions peut aussi être envisagé dans le respect du principe pas de sanction sans loi. Les personnes physiques ou morales qui violent le devoir de respecter les droits humains et l'environnement pourraient ainsi être sanctionnées²⁶.

(C) Le défaut essentiel du droit des sociétés

Dans la relation entre des victimes *privées* et des entreprises *privées*²⁷, c'est toutefois le *droit privé* qui entre premièrement en ligne de compte pour la mise œuvre des Principes directeurs des Nations Unies en Suisse²⁸. Dans ce domaine, les discussions politiques se sont concentrées jusqu'à présent sur le *droit des sociétés*. Une mesure discutée, mais rejetée par le Conseil national et dans le Plan d'action national, portait sur l'élargissement des attributions du conseil d'administration d'une société anonyme (cf. art. 716a et 717 CO) afin d'y inclure un devoir de diligence raisonnable. En ce qui concerne l'obligation de publier un rapport en matière de droits humains et d'environnement, le Conseil fédéral a également discuté l'élargissement du catalogue des tâches de l'organe de révision. Les initiates et initiants accueillent positivement ces discussions et regrettent qu'elles n'aient

²⁵ Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principes 26 et 27 pour les mécanismes relevant de l'État et Principes 28, 29 et 30 pour les mécanismes de réclamation ne relevant pas de l'État. Cf. également Principes directeurs de l'OCDE (n.1), IV.46, p. 40.

²⁶ Cf. Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 11 et pour le détail MARK PIETH, Die strafrechtliche Haftung von Managern und Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AJP 8/2017, S. 1005 ff.

²⁷ Les entreprises privées revêtent une importance particulière dans ce domaine en pratique. C'est pourquoi elles occupent une place centrale dans ce rapport, sans toutefois que les entreprises publiques en soient exclues.

²⁸ Cf. en particulier GREGOR GEISSER, Aussenvertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für „Menschenrechtsverletzungen“ bei internationalen Sachverhalten, Zürich/Basel/Genf, 2013, N. 138 ss.

pas abouti²⁹. Ces mesures discutées font partie d'une mise en œuvre complète des Principes directeurs des Nations Unies.

Du point de vue des personnes affectées, respectivement d'une protection efficace de leurs droits humains, toute solution qui se concentre uniquement sur le droit des sociétés comprend toutefois un **défaut de taille**. Seuls la société, ses actionnaires ou, en cas de faillite de la société, ses créanciers³⁰, sont légitimés à demander réparation en vertu de l'art. 754 al. 1 CO³¹. Les victimes de violations de droits humains commises par une entreprise, en revanche, *ne peuvent pas* rendre les membres du conseil d'administration³² directement responsables³³. Le droit des sociétés ne garantit aucune protection effective. Ce domaine du droit a pour but premier de protéger les intérêts de la société et de ses associés et non ceux de tiers affectés. Hormis certains risques pour la réputation de l'entreprise, les associés pourraient continuer à mener des activités contraires aux droits de l'homme sans que la société ne subisse le moindre dommage. Si le législateur se limitait à introduire uniquement des mesures en droit des sociétés, la mise en œuvre de la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains et l'environnement serait inefficace.

(D) Un mécanisme mis en avant : Le droit de la responsabilité extracontractuelle

Pour les personnes atteintes dans leurs droits humains, le droit des sociétés n'est donc pas l'intérêt prioritaire, sinon le droit de la *responsabilité extracontractuelle (ou responsabilité délictuelle)*. En effet, comme dans d'autres États, la responsabilité délictuelle fonde la prétention à la réparation d'un dommage contre *tout* auteur du dommage, c'est-à-dire également en l'absence d'une relation contractuelle préalable³⁴. Le devoir de la Suisse de protéger consiste en ce sens à juger des atteintes aux droits humains commises par des entreprises en vue d'accorder, le cas échéant, une réparation aux personnes lésées. En responsabilisant les auteurs potentiels d'un dommage, le droit de la responsabilité délictuelle ne sert d'ailleurs *pas seulement la réparation des victimes, mais avant tout la*

²⁹ Cf. Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p.10 ss.

³⁰ Par créanciers de la société au sens de l'article 754 al. 1 CO il est entendu en première ligne les créanciers contractuels et non les créanciers extracontractuels qui sont d'intérêt en rapport à cette problématique; cf. parmi d'autres ROLAND VON BÜREN/WALTER A. STOFFEL/ROLF H. WEBER, Grundriss des Aktienrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2011, N. 1227 s. und 1236 ss. (1240); voir également PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1987, N. 79 ss pour le détail.

³¹ Il s'agit dans ce cas du dommage causé à l'entreprise elle-même (ou directement aux actionnaires ou créanciers de la société) par un manque de diligence du Conseil d'administration dans l'analyse des risques en matière de droits humains.

³² Respectivement la société-mère du groupe de sociétés en tant qu'organe de fait de sa filiale.

³³ En ce qui concerne la responsabilité dans un groupe de sociétés, cf. KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen, 1995, 80 s., 97 ss et 239 ss. Dans le contexte des droits humains, voir également CSDH, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie, §117, p.43; Institut suisse de droit comparé, Expertise concernant les obligations légales relatives aux mécanismes de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement pour les activités menées par les entreprises à l'étranger, 2013, p. 50.

³⁴ Cf. entre autres en droit comparé International Commission of Jurists, Report of the Expert Legal Panel on Corporate Complicity in International Crimes, Vol.3 Civil Remedies, Genève, 2008 ; pour la Suisse GEISSER (n.28), N. 138 ss.

*prévention du dommage*³⁵. Le Conseil fédéral reconnaît d'ailleurs à cet égard que « le droit de la responsabilité a comme effet d'inciter à une certaine autodiscipline »³⁶. Dans la doctrine tout comme au sein d'institutions internationales, le droit de la responsabilité délictuelle est présenté comme un élément central pour établir la responsabilité civile des entreprises en matière de droits de l'homme³⁷.

Un élément essentiel de la mise en œuvre du devoir de protéger repose donc sur le droit de la responsabilité délictuelle et, pour les affaires en matière internationale, sur le droit international privé³⁸. Il appartient aux politiques de prendre en compte ces domaines dans les discussions relatives aux mesures de mise en œuvre. Ce sont sur ces domaines du droit que se concentre le rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale afin que les Principes directeurs soient mis en œuvre en Suisse. C'est pourquoi le cadre constitutionnel à l'élaboration des dispositions légales sera présenté par la suite à la lumière, entre autres, du droit de la responsabilité délictuelle.

Il y a toutefois lieu de préciser que l'initiative devra être mise en œuvre dans l'ensemble de l'ordre juridique et qu'elle ne se limite pas au droit de la responsabilité délictuelle.

³⁵ Cf. CEES VAN DAM, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, *Journal of European Tort Law* 2011, 221 ff., 245; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4. Aufl. Zürich/Basel/Genf, 2008, N. 15; LIESBETH ENNEKING, *Corporate liability for violations of human rights and the environment abroad: a comparative perspective*, *AJP* 8/2017, S. 988 ff., II.; ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, *Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries*, 2015, p.678, <http://www.legalanthology.ch/wp-content/uploads/2016/12/40.-Rolf-H.-WeberRainer-Baisch-Liability-of-Parent-Companies-for-Human-Rights-violations-of-Subsidiaries.pdf>

³⁶ Cf. Conseil fédéral, *Rapport de droit comparé* (n.2), p. 11.

³⁷ En plus des trois notes précédentes, cf. GEORGE P. FLETCHER, *Tort Liability for Human Rights Abuses*, Oxford/Portland Oregon, 2008, passim; Comité DESC (n.7), §51 ; Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe (n.7), §32 ss ; Conseil fédéral, *Plan d'Action National* (n.8), p. 37 s.

³⁸ Pour une étude comparative, *International Commission of Jurists* (n.23), p. 3; Pour la Suisse, cf. GEISSER (n.28), p. 16, N. 138 ss.

3 Buts et contenu de l’initiative

3.1 Vue d’ensemble

3.1.1 Article définissant le but et mandat général à la Confédération (alinéa 1)

Le but principal de la disposition constitutionnelle est formulé à l’alinéa 1 : « La Confédération prend des mesures pour que l’économie respecte davantage les droits de l’homme et l’environnement. »

Cette disposition n’attribue pas uniquement la compétence à la Confédération, mais l’*oblige* à prendre des mesures pour que les entreprises suisses respectent davantage les droits humains et l’environnement³⁹.

Le respect des droits de l’homme et de l’environnement par l’économie doit être pris en compte dans *tous* les secteurs politiques. L’art. 101a al. 1 P-Cst. doit donc être compris comme un mandat transversal à la Confédération. Celle-ci doit prendre un assortiment approprié de mesures contraignantes et volontaires, nationales et internationales, en considérant l’ensemble des moyens efficaces qu’elle peut adopter dans son domaine de compétence. Les mesures contraignantes sont à considérer dans l’ensemble de l’ordre juridique, c’est-à-dire tant en droit pénal, administratif et civil. Par ailleurs, l’adoption de mesures concrètes nécessitera une coordination tant horizontale (entre les différents services de la Confédération) que verticale (entre la Confédération, les cantons et les communes). Dans la politique économique extérieure, cela signifie enfin que la Confédération doit prendre en compte de manière cohérente la réalisation des droits humains en parallèle aux questions de politique économique.

Une disposition constitutionnelle de principe, telle qu’ancrée à l’alinéa 1, doit renforcer l’importance du domaine « économie et droits humains » et lui conférer une légitimité accrue.

3.1.2 Dispositions concrètes - Principes centraux de responsabilité (alinéa 2)

L’initiative populaire se concentre sur les mesures concrètes visant à l’*introduction d’un devoir de diligence raisonnable* et l’adoption de *mécanismes effectifs pour sa mise en œuvre*, comme présenté ci-dessus. Ces mesures contribuent de manière essentielle à renforcer la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains et l’environnement⁴⁰. L’initiative populaire contient les *principes de responsabilité*. Ceux-ci ont pour but de mettre en œuvre le devoir incombant à la Suisse de protéger et la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits humains inscrits dans les Principes directeurs des Nations Unies. Il appartiendra au législateur de régler les droits et obligations des entreprises conformément à ces principes. Afin d’orienter le législateur dans sa tâche, ces principes de responsabilité sont présentés dans les sections qui suivent.

³⁹ Pour une formulation similaire et une orientation analogue, voir l’art. 97 al. 1 Cst. (Protection des consommateurs et des consommatrices).

⁴⁰ Le but ancré à l’alinéa 1 a un rapport intrinsèque avec les mesures prévues à l’alinéa 2. Il existe une unité de la matière entre le but et les moyens au sens de l’article 139 al. 3 Cst.

Les principes constitutionnels d'interprétation

La disposition constitutionnelle proposée définit un but. Elle comprend également des dispositions concrètes qui servent de ligne directrice pour le législateur et les autorités d'application de la loi. Elle est ainsi rédigée de manière aussi précise qu'ouverte que possible. Son interprétation correcte est donc d'autant plus importante.

Le législateur devra ainsi tenir compte des méthodes d'interprétation suivantes. En ce qui concerne la recherche de la *volonté* des initiates et des initiants, le législateur doit prendre en compte ce rapport explicatif ainsi que d'autres documents publiés par le comité d'initiative pour interpréter la disposition constitutionnelle. Quant à la recherche du *sens et du but* de la disposition, ceux-ci sont à déterminer à la lumière du but principal énoncé à l'alinéa 1. Dans ce contexte, l'objectif de toute mise en œuvre est le renforcement du respect des droits humains et de l'environnement par le secteur économique. Dans le cadre de l'interprétation *systématique*, il y a lieu enfin d'assurer une *interprétation conforme au droit international*⁴¹. L'initiative présentée est, entre autres, une mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ces principes, ainsi que d'autres normes pertinentes du droit international, doivent ainsi dûment être prises en considération.

3.2 Commentaire des principes de responsabilité (alinéa 2)

3.2.1 Structure

Les initiates et initiants considèrent, comme mentionné ci-dessus, que le plus grand potentiel de mise en œuvre du principe de responsabilité se trouve dans le droit de la responsabilité délictuelle. L'initiative populaire lie ainsi structurellement et matériellement les Principes directeurs des Nations Unies aux conditions de la responsabilité délictuelle, telles qu'elles sont prévues en Suisse et dans d'autres États (cf. art. 41 al. 1 CO pour les principes généraux et les conditions de la responsabilité délictuelle)⁴².

L'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle concrétise ainsi l'essentiel des Principes directeurs des Nations Unies relatifs à la *responsabilité des entreprises de respecter les droits humains* et le *devoir de diligence raisonnable* qui en découle. Ces éléments recouvrent pour l'essentiel l'*illicéité* et la *faute* ; deux conditions de la responsabilité délictuelle du droit suisse⁴³. Le législateur devra adopter une loi d'application⁴⁴ en se

⁴¹Voir également ch. 4.1.2 *infra*.

⁴² Pour la Suisse, parmi d'autres, de manière générale REY (n.35); pour une approche de droit comparé, International Commission of Jurists (n.23), p. 7.

⁴³ Dans ce sens, la loi d'application qui se basera sur la Constitution aura l'effet d'une norme d'application immédiate. Les autres éléments de la responsabilité comme la détermination du dommage (respectivement du tort moral) et l'examen du lien de causalité entre l'acte illicite et le dommage seront à déterminer en fonction du droit auquel renvoie les dispositions du droit international privé.

⁴⁴ Cf. notamment l'art. 95 al. 3 Cst. La loi d'application devra prendre la forme d'une loi fédérale au sens des art. 163 et 164 Cst.

basant sur ce cadre (p. ex. dans le droit de la responsabilité civile qui est de la compétence de la Confédération, art. 122 al. 1 Cst.)⁴⁵.

Dans le détail, les lettres a à d comprennent ce qui suit :

La *lettre a* ancre le principe de la *responsabilité des entreprises de respecter les droits humains et l'environnement*. Lorsqu'une entreprise ne respecte pas cette garantie, elle agit de manière *illicite* au sens du droit de la responsabilité délictuelle (3.2.3 *infra*).

La *lettre b* inscrit le *devoir de diligence raisonnable* qui est au cœur de la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains. Lorsque l'entreprise qui cause un dommage viole ce devoir, il commet une *faute* selon le droit de la responsabilité délictuelle (3.2.4 *infra*).

Les principes ancrés aux lettres a et b valent pour le dommage causé par l'entreprise par ses *propres* actes. Dans ce cas, une loi d'application ne représente donc qu'une précision de la *responsabilité pour faute* de l'article 41 CO. Les lettres a et b s'appliquent toutefois également au dommage causé par *un tiers*, à savoir par les entreprises contrôlées (p. ex. la filiale étrangère d'une entreprise suisse). Dans ce cas de figure, la loi d'application devra prévoir *une norme particulière d'imputation*.

Dans ce sens, la *lettre c* de la disposition constitutionnelle inscrit une norme particulière de responsabilité d'une entreprise pour le comportement d'une *autre* entreprise. Cette responsabilité objective s'inspire de la responsabilité de l'employeur de l'article 55 CO qui est la disposition juridique la plus proche en droit positif suisse. Les entreprises sont ainsi responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles *contrôlent* lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales. En revanche, elles ne le sont pas si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence requise pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Le sens et le but de la disposition sont clairs : qui contrôle une entreprise doit également exercer ce contrôle pour prévenir des violations des droits humains ou un dommage à l'environnement (3.2.5 *infra*). Cette norme de responsabilité a donc également un caractère *préventif*.

Les lettres a à c de la disposition constitutionnelle qui devront être élaborées dans une loi d'exécution doivent également pouvoir s'appliquer lorsque l'entreprise est active à l'étranger. C'est la raison pour laquelle la *lettre d* prévoit que les dispositions édictées sur cette base s'appliquent indépendamment du droit désigné par le droit international privé (loi d'application immédiate, cf. ch. 3.2.2.2). L'objectif de l'initiative est ainsi clairement défini. Il porte en première ligne sur la réglementation d'états de fait internationaux.

3.2.2 Champ d'application

3.2.2.1 Champ d'application personnel

Les principes de la responsabilité de l'alinéa 2 se rapportent aux entreprises⁴⁶ au sens des Principes directeurs des Nations Unies. La notion « d'entreprise » doit être comprise comme tout acteur qui poursuit un but ou une activité commerciale et qui peut être rendu légalement responsable en son nom en Suisse (que ce soit de manière civile, pénale ou

⁴⁵ La formulation est inspirée de l'article 95 al. 3 Cst ; cf. DANIEL HÄUSERMANN, in: St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N. 29 s., Art. 95 BV.

⁴⁶ Il s'agit d'une notion existante dans la Constitution, cf. entre autres art. 96 al. 2 let. a et art. 100 al. 6 Cst..

administrative)⁴⁷. Les personnes concernées en premier lieu sont donc les personnes morales (p. ex. les sociétés anonymes). La forme juridique de l'entreprise ne joue toutefois aucun rôle. Ce qui est déterminant est la capacité d'être partie à une procédure judiciaire⁴⁸.

Sans réduire expressément son champ d'application, l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle, respectivement les dispositions qui seront édictées sur cette base, se rapporte en première ligne aux entreprises privées. L'initiative se concentre ainsi principalement sur les entreprises multinationales qui, au travers de réseaux d'entreprises, sont actives sur le marché global.

3.2.2.2 Champ d'application territorial

L'initiative règle la compétence des tribunaux suisses de juger des affaires en matière internationale (A) et l'application de dispositions matérielles qui règlent ces états de fait (B)⁴⁹.

(A) Compétence

Le champ d'application matériel de l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle se rapporte aux entreprises « qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse ». Il repose en premier lieu sur les règles de droit international conventionnel⁵⁰. Ces critères de rattachement sont en effet prévus à l'art. 2 ch. 1, en lien avec l'art. 60 ch. 1, de la Convention de Lugano (RS 0.275.12). Ils fondent la compétence judiciaire en matière internationale des tribunaux suisses, par exemple pour les demandes en droit de la responsabilité délictuelle. Ces éléments sont précisés ainsi:

- a) Le siège statutaire découle des statuts de la société ;
- b) L'administration centrale est le lieu où les décisions se prennent et où la société est dirigée. Ce lieu peut différer du siège statutaire, notamment dans le cas de sociétés boîtes-aux-lettres ;
- c) Par établissement principal, est compris un centre d'activités effectif et reconnaissable ou un lieu qui regroupe des ressources matérielles et en personnel

⁴⁷ L'initiative s'applique ainsi seulement aux associations lorsqu'elles poursuivent un but ou exercent une activité commerciale. D'après les initiates et initiants, l'initiative s'appliquerait par exemple à la FIFA, conformément à la notion d'« entreprise » qui existe dans les Principes directeurs de l'OCDE. De telles affaires ont déjà été portées devant le Point de Contact National suisse.

⁴⁸ Cf. Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n.2), p. 12. Dans ce sens, les entreprises individuelles et les sociétés en nom collectif ou en commandite pourraient être concernées dans la mesure où elles ont la capacité d'être partie. La question reste toutefois plutôt théorique. Pour une précision de la notion d'« entreprise » dans la loi d'application, il pourrait être utile de s'inspirer de la LPSP, voir Message du 23 janvier 2013 concernant la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP), FF 2013 1609, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/1573.pdf>

⁴⁹ Cf. pour le détail, GREGOR GEISSER, Die Konzernverantwortungsinitiative – Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung, AJP 8/2017, S. 943 ff., III.B.

⁵⁰ Les critères de rattachement s'inscrivent dans le principe de personnalité active tel qu'il est prévu par le droit international coutumier (cf. CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ss., 48); on peut ainsi se référer aux entreprises « suisses ».

importantes (p. ex. le lieu principal de la production)⁵¹. En vertu de l'*International Law Association*, il est possible selon les circonstances qu'une entreprise possède *plusieurs* établissements principaux, dont chacun fonde une compétence judiciaire⁵².

L'objectif de l'initiative à cet égard est d'éviter un conflit de compétence négatif pour les victimes de violations des droits humains et de dommages à l'environnement et d'assurer en même temps que la compétence judiciaire soit déterminée sur la base de règles internationales reconnues⁵³.

(B) Droit applicable

Le champ d'application territorial de l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle s'étend ensuite au comportement de l'entreprise en Suisse ainsi qu'à l'étranger. La formulation de la lettre a se lit en effet comme suit : « les entreprises doivent respecter *également* à l'étranger ».

Pour ce qui est des *effets internes* en Suisse, la disposition constitutionnelle reflète le devoir de la Suisse de protéger les personnes de violations des droits humains commises par une entreprise sur sa juridiction ou son territoire (cf. Principe 1 des Nations Unies ; art. 35 al. 3 Cst.)⁵⁴. Pour les activités internes en Suisse, le standard international minimum aura une *importance pratique restreinte* pour l'élaboration des règles à édicter en vertu de l'initiative populaire. En effet, le droit positif suisse est, dans l'ensemble, déjà suffisant et conforme aux droits humains. Les entreprises actives en Suisse n'auront donc pas à craindre que la disposition constitutionnelle élève les standards existants. Ce principe laisse toutefois aux autorités judiciaires la possibilité d'évaluer des lacunes ponctuelles ou l'interprétation des normes actuelles à l'aide des règles d'application qui seront adoptées en vertu de l'initiative⁵⁵.

La disposition constitutionnelle se concentre avant tout sur *les activités à l'étranger des entreprises suisses*. C'est la raison pour laquelle la disposition proposée est placée directement à la suite de l'art. 101 Cst. (politique économique extérieure). Afin d'inclure les « effets à l'étranger », l'alinéa 2 lettre d de la disposition constitutionnelle indique au législateur que les principes de responsabilité « valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé ». Cette disposition doit être présentée au regard du droit international privé existant.

⁵¹ Cf. Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 18 février 2009, FF 2009 1497.

⁵² Cf. International Law Association, Fourth and Final Report: Jurisdiction over Corporations, 2002, Princ. 2.1 (en commentaire §24); dans le présent contexte, DERS, Final Conference Report Sofia – International Civil Litigation for Human Rights Violations, 2012, Princ. 2.1 (et commentaire).

⁵³ Cf. International Law Association (n.52), Princ. 2.1 (et commentaire) ; CSDH, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie (n.33), §175.

⁵⁴ Des différences de traitement ne doivent pas être instaurées entre les entreprises multinationales et les entreprises nationales, cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Concepts et Principes, commentaires §5.

⁵⁵ Cf. p.ex. la jurisprudence relative aux délais de prescription dans les demandes en réparation concernant les affaires d'amiante, cf. ATF 140 II 7 ss; mais également une application contraire dans ATF 132 III 661 ss, critiquée par GEISSER (n.28), N. 586 ss.

Actuellement, les règles de *droit international privé* conduisent en règle générale, dans une affaire de responsabilité délictuelle en matière internationale, à l'application du droit de l'État dans lequel le résultat dommageable s'est produit⁵⁶. Ce résultat peut porter préjudice au lésé lorsque le droit de cet État ne garantit pas un recours approprié en cas de violations des droits humains. La personne lésée se retrouve alors dans la pratique courante sans le moyen de demander une réparation effective⁵⁷.

Le droit international privé suisse connaît certes, le cas échéant, la *réserve de l'ordre public* suisse (art. 17 LDIP). L'application de dispositions du droit étranger est alors exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse. La réserve de l'ordre public est toutefois une clause générale qui laisse un très large pouvoir d'appréciation au juge pour déterminer s'il y a lieu de corriger le droit étranger ou non. L'article 17 LDIP comporte donc une insécurité juridique pour les parties. Pour ce qui est des demandes en réparation pour violations des droits humains, la jurisprudence reconnaît d'ailleurs manquer d'orientation⁵⁸. Enfin, les tribunaux appliquent cette réserve de manière très restrictive⁵⁹.

Introduction d'une norme d'application immédiate – Pour répondre à cette problématique, l'initiative pour des entreprises multinationales responsables propose que les entreprises suisses soient jugées également dans le cadre de leurs activités à l'étranger au regard d'un standard de responsabilité déterminé, indépendamment du droit auquel renvoie le droit international privé. L'initiative entend ainsi introduire une norme d'application immédiate ou « disposition impérative » au sens de l'article 18 LDIP. Une disposition impérative (ou loi d'application immédiate, Eingriffsnorm) est une disposition de droit matériel du droit suisse qui, dans les affaires en matière internationale, est applicable quel que soit le droit désigné par le droit international privé en raison de son but particulier (cf. art. 18 LDIP). Il s'agit en général de normes qui sont considérées par la Suisse comme revêtant une importance fondamentale, notamment parce qu'elles servent à la *protection de la dignité humaine*⁶⁰. Les autres éléments qui fondent la responsabilité civile, comme les dispositions relatives au dommage (ou du tort moral) et l'examen de la causalité entre l'acte dommageable et le dommage resteront à déterminer au regard du droit auquel renvoie le droit international privé.

⁵⁶ Cf. entre autres art. 133 LDIP ; sur ce point, GEISSER (n.28), N. 437 ss.

⁵⁷ Tiré de la pratique, *ibid.*, N. 462 ss. (Il existe souvent une imprécision sur les standards déterminants dans l'État concerné); ENNEKING (n.35), II.A.

⁵⁸ Cf. Tribunal fédéral, 4C.379/2006 du 22 mai 2007, E. 3.4 *in fine* : « [...] la jurisprudence et la doctrine n'apportent guère d'enseignement pour ce qui est d'une action en responsabilité civile pour la réparation des dommages consécutifs à des crimes contre l'humanité, la vie et l'intégrité corporelle, commis à l'étranger [...] ». Ce considérant se rapporte certes à l'art. 3 LDIP pour l'établissement de la compétence, mais le raisonnement est applicable à l'art. 17 LDIP.

⁵⁹ La doctrine est unanime. Dans l'ATF 139 III 411, C. 2.6, le Tribunal fédéral n'a pas jugé possible l'application de l'art. 17 LDIP; plus anciennement, cf. ATF 79 II 193, C. 7 et 8. Sur l'application conforme aux droits humains cf. GEISSER (n.28), N. 462 ss.

⁶⁰ Pour la relation entre une disposition impérative et les droits fondamentaux, voir le Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, p. 304. Les dispositions impératives « revêtent une signification fondamentale pour l'Etat et la communauté juridique ». Cf. aussi MONICA MÄCHLER-ERNE/SUSANNE WOLF-METTIER, in: BSK IPRG, 3. Aufl., Basel 2013, N. 16a, Art. 18 (Normen zum «Schutz der Menschenwürde»); DIES. et de manière encore plus claire N. 19, Art. 19; VAN DAM (n.35), 221 ss., p.232.

L'initiative sert la sécurité juridique et assure un renforcement des droits humains. Ainsi, les entreprises suisses seront jugées au regard de certains standards *matériels* en matière de droits de l'homme, également pour leurs activités à l'étranger, indépendamment du droit auquel le droit international privé renvoie. La loi d'application devra concrètement être appliquée lorsqu'une atteinte aux droits humains causée par une entreprise suisse a lieu à l'étranger. Les autres éléments de la responsabilité (p. ex la détermination du dommage ou l'examen de la causalité) resteront à déterminer au regard du droit international privé, comme il est le cas aujourd'hui

Du fait que la disposition règle des états de fait internationaux, il reste enfin à la présenter au regard du droit international actuel.

(C) Relation avec le droit international – Le devoir de la Suisse de régler l'activité à l'étranger des entreprises suisses

Lien avec la Suisse : La disposition constitutionnelle règle avant tout des matières internationales. Elle se limite toutefois aux activités des entreprises établies en Suisse et donc à des états de fait qui présentent un *lien de rattachement fort* avec la Suisse. Dans ce cas, la Suisse a le devoir de protéger les droits de l'homme en dehors de son territoire. À cet égard, les organes onusiens des droits de l'homme répètent de manière constante que les États devraient régler l'activité des entreprises établies sur leur territoire ou leur juridiction de manière à ce qu'elles ne contribuent pas à la violation des droits de l'homme à l'étranger (cf. ch. 2.2.1 *supra* et les nombreuses références citées dans la note⁶¹). Dans le même sens, le Conseil fédéral a avancé dans son message concernant la LPSP que la Suisse a tout intérêt à empêcher l'exercice depuis son territoire d'activités favorisant des violations des droits de l'homme à l'étranger⁶². Du fait que la disposition constitutionnelle ne règle pas le comportement d'acteurs étrangers, mais seulement celui d'entreprises suisses, sa transposition n'aura un effet *direct* qu'en Suisse⁶³. Les règles édictées en vertu de la disposition constitutionnelle n'auront pas d'effet direct à l'étranger et ne contreviennent donc pas au principe de la souveraineté des États⁶⁴. Il s'agit uniquement, mais néanmoins, de prendre des *mesures internes ayant des incidences sur les activités internationales des entreprises établies en Suisse*, comme le reconnaît le Conseil fédéral⁶⁵. Du fait que la disposition peut se rattacher au lieu de la commission en Suisse (ou de l'omission illicite), elle ne représente en fait qu'un critère de rattachement largement reconnu en droit international privé⁶⁶.

⁶¹ Pour l'état actuel des développements internationaux, cf. Comité DESC (n.7), §30 ss. (et 26 ss.). Pour le détail, EVELYNE SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives – La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des „entreprises et des droits humains“, AJP 8/2017, S. 930 ff., IV.B.; Conseil fédéral, Plan d'Action National (n.8), p.8.

⁶² Message concernant la LPSP (n.37), FF 2013 1622.

⁶³ Les règles prévues n'affectent notamment que les entreprises suisses et donc qu'en Suisse.

⁶⁴ Cf. OLIVIER DE SCHUTTER, Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving Human Rights Accountability of Transnational Corporations, 2006, p. 28 s.

⁶⁵ Cf. Comité DESC (n.7), §33; Conseil fédéral, Plan d'Action National (n.8), p.14; cf. également CHRISTINE KAUFMANN et al., Extraterritorialität im Bereich der Menschenrechte – résumé de l'étude, 2016, p.4,

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160815_Zusammenfassung_Studie_Extraterritorialitaet_web.pdf. Étude complète (allemand) sous

http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/160815_SKMR_Studie_Extraterritorialitaet.pdf, N. 231.

⁶⁶ Cf. GEISSER (n.28), N. 191 et 450 et 454; par ailleurs ENNEKING (n.35), III.C.

Champ d'application matériel de la disposition : Par ailleurs, la disposition constitutionnelle se limite aux droits humains internationalement reconnus. Elle ne vise donc pas à appliquer les standards suisses qui iraient au-delà des standards internationaux (cf. ch. 3.2.3.1 *infra*). Dans le cadre d'une procédure judiciaire en Suisse, un État étranger ne saurait donc invoquer sa souveraineté pour se libérer de ses obligations découlant des droits de l'homme reconnus par l'ensemble de la communauté internationale. Pour cette même raison, une entreprise concernée ne saurait invoquer ne pas s'attendre à ce que ces standards universels s'appliquent⁶⁷. Il en résulte que la proposition constitutionnelle est aussi compatible avec la sécurité juridique dans les relations commerciales et juridiques internationales⁶⁸.

3.2.3 Respect des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales (lettre a)

3.2.3.1 « Droits de l'homme internationalement reconnus »

Les droits humains sont des prétentions juridiques qui servent à protéger les aspects fondamentaux et la dignité de la personne humaine. L'État n'a pas seulement à s'abstenir de porter atteinte aux droits humains. Il a également le devoir de protéger les individus contre des violations commises par des personnes privées et notamment les entreprises⁶⁹.

Les droits de l'homme internationalement reconnus se caractérisent par leurs valeurs particulières et leur large champ d'application. Ils lient généralement tant la Suisse en tant qu'État d'origine de l'entreprise concernée que l'État d'accueil sur lequel se produit la violation des droits humains. Afin de définir le standard minimum des « droits humains internationalement reconnus », les Principes directeurs des Nations Unies (Principe 12) et les Principes directeurs de l'OCDE (droits de l'homme, §39) renvoient de manière non exhaustive à la *Charte internationale des droits de l'homme*. Cette Charte se compose de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et des principaux instruments par lesquels elle a été codifiée :

- le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (Pacte ONU II, RS 0.103.2) ;
- le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (Pacte ONU I, RS 0.103.1) ;

⁶⁷ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Droits de l'homme, commentaires §38 ss; Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 23, commentaire; PETER FORSTMOSER, *Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?*, in: Angela Cavallo et al.. (éd.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich 2012, 712 s.

⁶⁸ Sur cette question en détail, GEISSER (n. 28), N. 217 ss.

⁶⁹ Entre autres, WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., Basel 2013, p. 33 ss et p. 103 s.

- auxquels s'ajoutent les huit conventions fondamentales⁷⁰ de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)⁷¹.

En mentionnant qu'il s'agit de droits humains internationalement reconnus, la Suisse évite ainsi tout reproche de vouloir imposer un impérialisme des valeurs. Pour leur part, les entreprises ne sont pas surprises par une réglementation qui manquerait de prévisibilité dans les relations commerciales internationales⁷².

3.2.3.2 La responsabilité de respecter des entreprises

(A) *Principe*

Les droits humains trouvent à s'appliquer non seulement dans la relation entre l'État et les particuliers, mais également entre particuliers. Ce principe est aujourd'hui largement accepté et la Suisse le prévoit dans sa Constitution (cf. art. 35 Cst.). Il s'inscrit dans l'obligation de l'État de protéger les droits humains qui oblige les États à élaborer et interpréter leur droit national de manière à empêcher la violation des droits de l'homme par des tiers (effet indirect, cf. ch. 2.2.1 *supra*).

D'un point de vue juridique, une entreprise privée a une responsabilité de respecter les droits humains. Elle doit *s'abstenir d'entraver les libertés de tiers*. Cela comprend notamment les garanties qui protègent la vie et l'intégrité corporelle. L'entreprise ne doit causer aucun dommage à ces biens juridiquement protégés et l'État doit prévoir une forme de réparation en cas d'atteinte à ces biens⁷³. Ce devoir se concrétise notamment par le *droit de la responsabilité délictuelle*. Au-delà des dommages-intérêts comme forme de réparation, le droit de la protection de la personnalité (art. 28 ss CC) prévoit d'autres formes de réparation comme le droit de demander l'interdiction d'une atteinte illicite imminente, la cessation d'une atteinte existante ou la constatation du caractère illicite

⁷⁰ La convention (n° 29) concernant le travail forcé ou obligatoire (RS 0.822.713.9); La convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS 0.822.719.7); La convention (n° 98) concernant le droit d'organisation et de négociation collective (RS 0.822.719.9); La convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé (RS 0.822.720.5); La convention (n° 100) concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0); La convention (n° 111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1); La convention (n° 138) concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8); La convention (n° 182) concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS 0.822.728.2).

⁷¹ Au-delà du droit international conventionnel, certaines normes centrales des droits humains ont valeur de *jus cogens* comme l'interdiction de l'esclavage ou de droit international coutumier. Au sein du droit conventionnel, d'autres traités pourraient également trouver à s'appliquer comme la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104).

⁷² « Le fait qu'un État n'applique pas sa législation nationale pertinente ou ne respecte pas ses obligations internationales en matière de droits de l'homme, ou qu'il puisse enfreindre cette législation ou ces obligations internationales est sans effet sur la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. » (OCDE (n.1), IV 38, p.38)

⁷³ La notion de « violation » n'est pas à comprendre de manière technique. Il s'agit de toutes « incidences négatives qu'une entreprise peut avoir sur les droits de l'homme » : Principe Directeurs de l'OCDE (n.1), IV 41, p.39. Cf. également Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 17 commentaire, p.21.

d'une telle atteinte (cf. art. 28a CC et au niveau international également Assemblée générale des Nations Unies, *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation* (n.8), §18). Cette palette de recours juridiques doit être garantie par les règles qui seront édictées en vertu de l'initiative populaire.

Au sens du droit de la responsabilité délictuelle en droit suisse, une entreprise agit de manière illicite lorsqu'elle viole des *biens juridiques protégés* de tiers et notamment :

- la *vie*;
- l'*intégrité corporelle*;
- la *personnalité*;
- ou la *propriété*

Ces biens juridiques sont dits protégés, car ils représentent des valeurs fondamentales. Ces valeurs fondamentales sont comparables en droit privé suisse et ce sont celles que protège également le droit international des droits de l'homme⁷⁴. Le droit privé existant connaît ces garanties et leur donne un contenu précis. La loi d'application immédiate à édicter en vertu de la disposition constitutionnelle (cf. ch. 3.2.2.2 let. B *supra*) a pour fonction que ces biens juridiques protégés soient également protégés dans des affaires en matière internationale. De cette manière, la Suisse crée le cadre nécessaire à la protection internationale des droits humains.

Dans la pratique, les entreprises privées peuvent potentiellement porter atteinte à *tous* les droits humains que ce soient ceux du pacte ONU I ou II. Les droits économiques et sociaux, tels le droit à la santé⁷⁵, le droit à des conditions de travail qui assurent la sécurité et l'hygiène⁷⁶ ou le droit à l'eau⁷⁷, par exemple, protègent les mêmes catégories de biens juridiques comme l'intégrité corporelle ou la vie. Une distinction entre droits civils, politiques, économiques ou environnementaux de l'homme n'est pas possible et cette idée est aujourd'hui largement dépassée⁷⁸.

⁷⁴ Pour un représentant de la littérature unanime, REY (n.35), N. 670/682/697, et référence à la pratique existante ; la systématique est soulignée par HANS MERZ, *Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenproblem, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, ZBJV 91bis (1955), 302/304/308*. Pour une analyse comparée dans ce contexte, VAN DAM (n.35), p. 243, FLETCHER (n.37), p. 27 ss.; EDWARD HYLAND, *International Human Rights Law and the Tort of Torture: What Possibility for Canada*, in: Scott Craig (ed.), *Torture as Tort*, Oxford/Portland Oregon 2001, p. 413. En Suisse, le but de protection de ces biens est attesté entre autres par REY (n.35), N. 701. Pour la théorie de la norme protectrice, MAX KELLER/SONJA GABI, *Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. II, Haftpflichtrecht, 2. Aufl.*, Basel/Frankfurt a.M. 1988, p. 39 s. Les fondements des droits de l'homme ne sont pas contestés. En droit comparé, selon l'International Commission of Jurists (ICJ): « [...] although the law of civil remedies may not use the terminology of human rights law and for example may not classify harm as <torture> [...], in all jurisdictions it protects <interests> such as life, liberty, dignity, physical and mental integrity and property. » (ICJ (n.34), p. 4). Cf. également KÄLIN/KÜNZLI (n. 69), p. 114 ss.

⁷⁵ Art. 12 Pacte ONU I.

⁷⁶ Art. 7 lit.b Pacte ONU I.

⁷⁷ Art 11 et 12 Pacte ONU I.

⁷⁸ Cf. *Principes directeurs des Nations Unies* (n.3), Principe 12 commentaire, p.16 : « Comme les entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement tout l'éventail des droits de l'homme internationalement reconnus, la responsabilité qui leur incombe de respecter s'applique à tous ces droits. Dans la pratique, certains droits de l'homme, qui peuvent couvrir plus de risques que d'autres dans des secteurs ou des contextes particuliers, doivent être suivis de plus près. » Voir aussi KÄLIN/KÜNZLI (n.69), p. 359 pour un exemple.

(B) La transposition en droit suisse

Les entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement tout l'éventail des droits de l'homme. Le législateur et les autorités chargées de l'application de la loi en Suisse devront donc transposer ces garanties de manière équitable et coordonnée dans les domaines du droit concernés.

Les initiates et initiants sont conscients que dans les relations entre particuliers, au contraire de la relation entre l'État et les particuliers, les deux parties en présence, et donc également les entreprises, sont porteuses de droits humains ou fondamentaux qui s'opposent. Dans son devoir de protéger, il appartient à l'État de peser les intérêts des particuliers de manière équitable⁷⁹. La jurisprudence et la doctrine ont développé les critères suivants pour mettre en balance les différents biens juridiques qui s'opposent selon⁸⁰ :

- 1) la nature et l'importance des biens juridiques en présence;
- 2) la gravité de l'atteinte;
- 3) la durée de l'atteinte;
- 4) le degré concret de l'atteinte.

Ces critères relèvent d'une importance particulière en ce qui concerne les violations des droits humains internationalement reconnus commises par des entreprises. En effet, *les droits de l'homme internationalement reconnus sont en soi de nature et d'importance*

⁷⁹ Cf. pour la conception unanime en droit suisse TARKAN GÖKSU, *Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes*, SJZ 98 (2002), p. 92; PATRICIA EGLI, *Drittwirkung von Grundrechten*, Zürich/Basel/Genève 2002, p. 314; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Bern 2007, p. 36 s.; JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts*, Berne 1964, p. 86; cf. aussi ATF 126 II 315 C. 5b; 122 III 449 ss., C. 3b/c; 111 II 255 C. 4.b. En droit comparé et international : HANS CARL NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, in: Hans Carl Nipperdey (éd.), *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*, München/Berlin 1962, p. 27; en ce qui concerne la pratique p. ex : Arrêt de la Cour EDH *Osman contre Royaume-Uni* du 28 octobre 1998, §116; en particulier pour le droit de la responsabilité contractuelle cf. *European Group on Tort Law (EGTL), Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien/New York 2005, N. 11, Art. 2:102; en ce qui concerne la Suisse, FRANZ WERRO, *The Swiss Tort Reform: a Possible Model for Europe?*, in: Bussani Mauro (éd.), *European Tort Law*, Bern 2007, p. 93 ss.; dans le présent contexte, STEVEN R. RATNER, *Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility*, YLJ 111 (2001), p. 513; cf. aussi DANIEL MORE, *Human Rights from a Tort Law Perspective*, Tel Aviv University Studies in Law 1994, p. 91, pour la fonction du «tort law» comme «social mediator».

⁸⁰ Sur ces principes dans la pratique allemande, KARL LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. [!], Berlin u.a. 1991, 404 ss., (412 s.); reconnu sur le principe en Suisse, bien que critiqué JEAN NICOLAS DRUEY, *Interessenabwägung : eine Methode?*, in: *Juristische Abteilung der Hochschule St. Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und St. Gallischer Juristenverein* (éd.), *Beiträge zur Methode des Rechts: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag*, Bern/Stuttgart 1981, p.144 ss.; cf. également WALTER R. SCHLUEP, *Einladung zur Rechtstheorie*, Bern 2006, p.1023 f.; sur la discussion de l'effet horizontal cf. GÖKSU (n.79), p. 99; en droit de la responsabilité délictuelle aussi EGTL (n.79) N. 5 et 12, art. 2:102. Pour la pratique suisse, toutefois en droit public, voir parmi d'autres ATF 119 Ia 187 s. C. 6.a; là-dessus : KIENER/KÄLIN (n. 79), p. 83 s. Pour la distinction entre les droits protégés par des droits fondamentaux ou droits de l'homme et les autres, cf. p. ex. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, p. 430 s. (avec références sur la pratique du tribunal fédéral et sur la hiérarchie entre les droits fondamentaux).

particulière. En tant que biens juridiques, ils priment en règle générale d'autres biens juridiques qu'une entreprise pourrait invoquer comme sa liberté économique (cf. art. 27 Cst.) qui n'est pas un droit humain internationalement reconnu en tant que tel par la Charte internationale des droits de l'Homme. Le législateur et les autorités chargées de l'application de la loi doivent en tenir compte dans l'élaboration et l'application des règles à édicter en vertu de la disposition constitutionnelle⁸¹. Le droit à la vie et à l'intégrité corporelle devrait ainsi avoir un rang supérieur aux biens de nature matérielle comme la propriété ou la liberté économique.

Par exemple, lorsqu'une entreprise fait usage de la violence à l'encontre de personnes qui manifestent dans l'enceinte de l'entreprise et que l'entreprise accepte le risque de causer des lésions corporelles ou la mort, l'usage de la violence est disproportionné et constitue alors un acte illicite au sens des règles qui seront édictées en vertu de l'initiative nonobstant la liberté économique de l'entreprise. En qualifiant ce comportement d'*illicite* dans cet exemple, les droits humains internationalement reconnus à la vie ou à l'interdiction des traitements inhumains sont transposés en droit privé suisse.

(C) Le droit du travail en particulier

Le principe de la responsabilité inscrit à l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle s'applique également dans les relations de travail⁸². Par exemple, si une entreprise suisse produit à l'étranger et que des employés sont soumis à des conditions de travail proches de l'esclavage, leur bien juridique protégé (l'intégrité corporelle ou la santé) est atteint, ce qui relève de la responsabilité délictuelle⁸³. Au-delà de ces obligations extracontractuelles, des obligations *contractuelles* spécifiques peuvent s'y ajouter en vertu de violations du droit du travail. Dans les deux cas, les conventions fondamentales de l'OIT, auxquelles il a été fait référence ci-dessus, trouveront à s'appliquer. Le législateur devra déterminer quelles dispositions du droit du travail suisse s'appuient sur ces conventions fondamentales de l'OIT et devront s'appliquer en tant que norme impérative du droit suisse dans des affaires en matière internationale. Il faut mentionner pour exemple l'interdiction du travail des enfants dont la disposition pertinente en droit suisse du travail (art. 30 al. 1 Loi sur travail, LTr RS 822.11) reflète la Convention no 138 de l'OIT concernant l'âge minimum

⁸¹ Pour un exemple illustratif de la jurisprudence ancienne du tribunal fédéral dans lequel la valeur des droits humains internationalement reconnus n'a pas suffisamment été prise en compte : « Rentenanstalt v. Elkan », ATF 79 II 193 ss. La question concernait l'application des lois de l'Allemagne nazie « sur les races » et le rejet du tribunal d'appliquer la clause d'ordre publique pour les corriger dans une affaire patrimoniale. Cet arrêt a été critiqué avec raison cf. FRANK VISCHER, Das nationalsozialistische Recht im Spiegel einiger Entscheidungen schweizerischer Gerichte, in: Basedow Jürgen/Hopt Klaus J./Kötz Hein (éd.), Festschrift Ulrich Drobnig, Tübingen 1998, p. 459 ff. (p. 462 f.); FRANK VISCHER, in: ZK IPRG, Zürich 2004, N. 39 s., art. 17; ERIC L. DREIFUSS, Die Geschäftstätigkeit der Schweizer Lebensversicherer im «Dritten Reich», in: UEK (éd.), Die Schweiz, der Nationalsozialismus und das Recht, Bd. II Privatrecht, Zürich 2001, p. 207 ss. (p. 290 ss.); cf. également la pratique contraire, arrêt du Zürcher Obergerichts du 27 mai 1952; Voir aussi l'analyse critique de GEISSER (n.28), p. 492.

⁸² Grâce à la loi d'application immédiate. En effet, sur la base de la LDIP (cf. art. 133 al. 3 en lien avec art. 121 LDIP) le droit étranger de l'État sur lequel le travailleur accomplit habituellement son travail trouverait sinon en général à s'appliquer.

⁸³ Cf. pour le détail NICOLAS BUENO, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, in The International Journal of Human Rights, Vol. 21(5) (2017), p. 565 ss.

d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8) qui prévoit un tel âge à 15 ans. En vertu de la disposition constitutionnelle, cette disposition devra s'appliquer au-delà de son champ d'application territorial qui, pour l'heure, est limité au lieu de l'occupation en Suisse (cf. art. 1 al. 3 LTr) et s'étendre à l'activité à l'étranger des entreprises suisses⁸⁴.

Dans la majorité des affaires transnationales concernant des relations de travail, un rapport contractuel de travail ne sera toutefois pas existant entre une entreprise établie en Suisse et un travailleur à l'étranger (p. ex. d'une filiale étrangère). Dans ce cas, ce sera au droit de la responsabilité délictuelle de prendre le relais⁸⁵.

3.2.3.3 « Normes environnementales internationales »

En vertu de l'alinéa 2 let. a de la disposition constitutionnelle, les entreprises doivent respecter non seulement les droits de l'homme internationalement reconnus, mais aussi les normes environnementales internationales. La violation de cette obligation peut également conduire à l'établissement d'une responsabilité légale (cf. ch. 3.2.3.2 let. A *supra*, pour la réparation). En ce qui concerne les atteintes à l'environnement, la prévention d'atteintes imminentes et la cessation d'atteintes existantes jouent un rôle primordial en plus de la réparation du dommage. Il y a toutefois lieu de remarquer pour relativiser qu'une éventuelle demande civile pour un dommage à l'environnement n'entre en pratique en considération que lorsque des personnes ou leurs droits humains sont également affectés. Pour les normes environnementales qui iraient au-delà des standards en matière de droits de l'homme, l'initiative recherche donc avant tout un effet préventif.

Lorsque des biens juridiquement protégés sont atteints (p. ex. l'intégrité corporelle comprenant la santé), la protection des droits humains se recoupe avec celle de l'environnement. Les droits environnementaux comptent en effet parmi les droits de troisième génération; l'être humain a un droit à un « environnement sûr, propre, sain et durable »⁸⁶. Les conditions environnementales sont aussi des conditions pour la vie humaine dans la mesure où les droits humains sont indivisibles⁸⁷. Dans la même ligne, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a reconnu à plusieurs reprises que l'obligation de l'État de protéger les droits humains (notamment dans le cadre de la

⁸⁴ Cf. VISCHER, in: ZK IPRG (n.81), art. 18; DERS, General Course on Private International Law, in: The Hague Academy of International Law (éd.), Recueil des Cours 232 (1992), p. 99. Sur la protection de l'égalité en droit international privé dans un contexte du droit du travail, IVO SCHWANDER, Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsrecht im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, AJP 2 (1993), p. 1409 f.; Voir aussi Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Emploi et relations professionnelles, commentaires §52; en droit comparé CRAIG SCOTT, Translating Torture into Transnational Tort: Conceptual Divides in the Debate on Corporate Accountability for Human Rights Harms, in: Scott Craig (ed.), Torture as Tort, Oxford/Portland Oregon 2001, p. 54; aussi F. GAMILLSCHEG, Rules of Public Order in International Labour Law, in: The Hague Academy of International Law (éd.), Recueil des Cours 181 (1983), p. 329 ss.

⁸⁵ Cf. affaires citées dans BUENO (n.83) p. 565 ss.

⁸⁶ Cf. notamment Nations Unies, Rapport préliminaire de l'Expert indépendant chargé d'examiner la question des obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable, 24 décembre 2012, UN. Doc. A/HRC/22/43.

⁸⁷ Cf. 3.2.3.2 let. A *supra*; parmi d'autres MANFRED NOWAK, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem, Wien/Graz 2002, p. 13 ss. Pour la Suisse, cf. également le Message du Conseil fédéral relatif à l'initiative populaire «Pour une économie durable et fondée sur une gestion efficiente des ressources (économie verte)» et le contre-projet indirect (modification de la loi sur la protection de l'environnement) du 11 mars 2014, FF 2014 1751.

protection de la vie privée, art. 8 CEDH) comprenait celle de prendre des mesures pour prévenir la pollution engendrée par des entreprises privées. Un développement ultérieur a clarifié le lien étroit entre les dommages à l'environnement et les atteintes aux droits de l'homme en ce qui concerne les aspects écologiques des droits à la *santé*, à l'*alimentation* ou à l'*eau* ainsi que les droits spécifiques des *peuples autochtones*⁸⁸.

Les entreprises peuvent toutefois également porter atteinte à l'environnement au travers de leurs activités économiques en dehors d'une violation des droits de l'homme. Les conséquences les plus importantes concernent alors en première ligne les générations futures. La notion de « normes environnementales internationales » prend en compte cette réalité. La formulation ouverte de la disposition constitutionnelle implique que l'environnement y est inclus dans son ensemble. Elle oblige du reste le législateur et les tribunaux à la concrétiser au regard des développements internationaux. La disposition est une ligne directrice et renonce consciemment à une énumération exhaustive des normes particulières.

(A) «Environnement»

Les standards internationaux en matière d'environnement ont notamment pour objet les ressources naturelles indispensables à la vie. Ces ressources incluent un *sol* riche, un *air* propre et l'*eau* pure. Les normes existantes concernent ensuite les éléments particuliers de l'écosystème, à savoir la protection de la flore et de la faune ainsi que leur diversité, la protection d'habitats telle que cours d'eau, lacs, mers et eaux souterraines ; la protection des forêts, étangs et prairies, ou encore des régions désertiques ; mais aussi la protection de l'atmosphère et du climat et de certaines régions comme les Alpes ou l'Antarctique tout comme le fonctionnement de l'écosystème en soi⁸⁹.

(B) «Normes internationales»

Par normes internationales, il faut comprendre les normes adoptées hors du cadre national et qui donc ne s'appliquent pas uniquement à la Suisse ou ont pour but d'être appliquées uniquement en Suisse⁹⁰. Il y a lieu de citer selon *l'auteur de la norme* ⁹¹ :

⁸⁸ Cf. entre autres, l'arrêt de la CEDH du 9 juin 2005, *Fadeyeva v. Russia*, 55723/00, en particulier, §89 ss et 124 ss. Par ailleurs, cf. La références aux arrêts et décisions des organes internationaux compétents (des Nations Unies) dans MIRINA GROSZ, *Menschenrechte als Vehikel für ökologische Unternehmensverantwortung – Eine Ergänzung der Diskussion „Wirtschaft und Menschenrechte“ um eine grüne Dimension*, AJP 8/2017, S. 978 ff., III. C.

⁸⁹ La définition des atteintes à l'environnement au sens de l'art. 7 de la loi sur la protection de l'environnement (RS 814.01) fait partie de cette liste. Elle est toutefois trop limitée pour prendre en compte les domaines dans lesquels il existe une norme internationale. De l'avis du Comité d'initiative, le rapport de droit comparé du Conseil fédéral en la matière (n.2), p. 17 est donc également trop limité.

⁹⁰ Les Principes directeurs de l'OCDE (n.1) utilisent également la notion de « normes » environnementales, Environnement, paragraphe introductif; le Message « économie verte » fait référence aux « standards internationaux reconnus » (n.87), dans les art. 35e et 35 f P-Cst., FF 2014 1815.

⁹¹ Pour les normes de comportement des entreprises en matière d'environnement, MIRINA GROSZ, *Internationaler Umweltschutz und gesellschaftliche Unternehmensverantwortung*, en impression dans URP x/2017.

(a) *En droit international :*

Institutions internationales composées d'acteurs étatiques: outre le droit international coutumier⁹², il y a lieu de mentionner ici les traités internationaux (p. ex. le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone [RS 0.814.021], la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination [RS 0.814.05], la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures [RS 0.814.291], le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique [RS 0.451.431], le Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières [RS 0.814.287.1] ou la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants [RS 0.814.03]).

Organisations internationales : Hormis les principes directeurs de l'OCDE mentionnés à de nombreuses reprises (Chapitre VI, environnement) et leur élaboration au travers de directives sectorielles, il y a lieu de mentionner les standards du développement durable de l'International Finance Corporation (IFC; voir ci-dessous), les valeurs limites d'émissions de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) ou les concepts du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (UNEP).

(b) *Standards non-étatiques – typiquement développés par des Multi-stakeholder-Initiatives:* dans ces standards entrent notamment les normes de la Global Reporting Initiative (GRI) ainsi que les normes internationales techniques d'acteurs non-étatiques, p. ex. les standards de l'Organisation internationale de standardisation (Normes ISO 14000 et 26000) ; pour les normes par secteur, p. ex. la Better Gold Initiative (BGI), la Extractive Industries Transparency Initiative (EITI), la Good Agricultural Practice, le Global Organic Textile Standard (GOTS) ou encore ISO 18601-18606 pour en nommer certaines.

Il appartiendra au législateur et aux autorités d'application du droit de déterminer dans le cadre de leur pouvoir d'appréciation ce qui constitue une norme *internationale* (notamment en considérant le lien avec l'étranger et le champ d'application de la norme concernée).

Tout comme pour les droits de l'homme internationalement reconnus, il existe certains standards environnementaux extra-européens qui sont d'une importance particulière et qui trouvent à s'appliquer comme standard minimum dans *différentes* cultures juridiques⁹³. En considérant le caractère universel de telles normes, la Suisse renforcera non seulement la protection internationale de l'environnement, mais elle réduira également le potentiel de conflits au sein de la communauté internationale. Les entreprises actives au plan international soulignent d'ailleurs toujours davantage l'importance de standards internationaux aussi harmonisés que possible au lieu des exigences en matière environnementale propres à chaque pays.

C'est le cas par exemple des standards de durabilité de l'International Finance Corporation (IFC)⁹⁴, qui sont également à considérer pour cette initiative.

⁹² Le droit international coutumier relatif aux normes internationales en matière d'environnement repose entre autres sur le principe 21 de la Déclaration de Stockholm (1972) et le principe 2 de la Déclaration de Rio (1992).

⁹³ Dans ce sens, voir le Message « économie verte » (n.87), FF 2014 1815.

⁹⁴ Cf. Pour le détail GROSZ, Internationaler Umweltschutz und gesellschaftliche Unternehmensverantwortung (n.91).

L'IFC, en tant qu'organe du groupe de la Banque mondiale, s'est spécialisée au renforcement du secteur privé dans les pays en développement et émergents. Elle joue un rôle phare dans l'élaboration des standards internationaux sociaux et environnementaux⁹⁵. Ses „*Performance Standards on Environmental and Social Sustainability*”⁹⁶ s'adressent aux entreprises qui seront directement financées ou dont les projets seront soutenus par l'IFC. Les standards exigent le respect d'exigences environnementales qui figurent, avec leurs valeurs limites détaillées, parmi les réglementations internationales les plus précises. Les standards sont catégorisés par branche en tant que « Good industry practice ».

Les standards de l'IFC comprennent une large palette de thèmes environnementaux comme p. ex. l'examen d'impact environnemental et la gestion des risques (Performance Standard 1), l'utilisation efficiente des ressources et la prévention et réduction de la pollution (Performance Standard 3) ou encore la protection de la biodiversité et l'utilisation durable des ressources naturelles (Performance Standard 6). Les entreprises sont obligées de manière générale d'éviter les conséquences dommageables de leurs activités, et si cela est impossible, de réduire les effets dommageables, de les mitiger ou de les compenser. Ces standards se rattachent également au cadre donné par les traités internationaux. Ainsi, les standards font référence à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, la Convention de Londres sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, la Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants, le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. De plus, le Performance Standard 3 exige pour les projets qui annuellement rejettent plus de 25'000 tonnes de CO₂, une quantification annuelle des émissions à effet de serre en accord avec des procédures internationalement reconnues. Les directives IFC ont ainsi pour fonction au niveau international de remplacer les lacunes des législations nationales. Il en résulte par ce biais que des normes de droit international public trouvent à s'appliquer aux entreprises qui, sans quoi, ne seraient pas liées par celles-ci. L'initiative doit permettre d'appuyer ces développements en lien avec les entreprises établies en Suisse qui sont actives sur la scène internationale.

La portée contraignante des normes environnementales internationales pertinentes est double. Certes, les normes interétatiques juridiquement contraignantes disposent d'une autorité particulière. On peut penser à cet égard aux traités internationaux qui règlent de manière contraignante le comportement des entreprises privées. Certains le font de manière *indirecte* au travers du devoir de protéger incombant à l'État (p. ex. la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, RS 0.814.05) ; d'autres de manière *directe* grâce à des règles de responsabilité civile pour les auteurs privés d'un dommage (p. ex. la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, RS 0.814.291). D'autres normes environnementales non juridiquement contraignantes peuvent néanmoins prendre la forme de « best practice » en matière internationale et représenter un standard de conduite responsable. Par exemple, en droit international de la responsabilité délictuelle, on peut penser qu'un juge fasse référence à ces standards non seulement pour

⁹⁵ Pour davantage d'informations, <http://www.ifc.org>

⁹⁶ IFC, Performance Standards on Environmental and Social Sustainability, 1.1.2012, <http://www.ifc.org/performancestandards>

déterminer l'illicéité⁹⁷, mais également pour évaluer si l'auteur a commis une faute (cf. section suivante)⁹⁸.

3.2.4 Le devoir de diligence raisonnable (lettre b)

3.2.4.1 Principes généraux

Comme mentionné ci-dessus, l'introduction d'un devoir de diligence raisonnable est au cœur de l'initiative populaire. Selon les Principes directeurs des Nations Unies et ceux de l'OCDE, le noyau dur de ce devoir de diligence en matière de droits de l'homme comprend les éléments suivants (cf. ch. 2.2.3.3. let. A *supra*) :

- identifier les risques ;
- prendre des mesures ;
- rendre compte .

Le texte de l'initiative reprend ces éléments et doit être interprété comme une mise en œuvre effective de ce cadre international.

L'initiative a en effet le texte suivant : « les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable ; elles doivent notamment *examiner* quelles sont les *répercussions* effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, *prendre des mesures* appropriées en vue de *prévenir* toute violation [...], *mettre fin aux violations existantes* et *rendre compte* des mesures prises [...]. L'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement ; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure. »

Chacun de ces éléments de la disposition constitutionnelle doit être compris à la lumière des Principes directeurs des Nations Unies. Ceux-ci présentent en détail les étapes qu'une entreprise doit suivre dans son processus de diligence raisonnable.

(A) « examiner les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme et l'environnement »

Examen complet des répercussions effectives et potentielles : La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir *causées* ou auxquelles elle peut *contribuer* par le biais de ses *propres* activités, ou qui peuvent *découler directement* de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales (Principe directeur des Nations Unies 17 let. a).

Examen basé sur les risques : La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est basée sur les risques (Principe 17 let. b). Elle doit être mise en œuvre *le plus tôt possible* dès le début d'une nouvelle activité ou relation, étant donné que les risques pour les droits de l'homme peuvent être augmentés ou atténués dès le stade de l'élaboration des contrats ou d'autres accords, et peuvent être transmis par des fusions ou des acquisitions (cf. Principe 17, commentaire §4). Elle devrait s'exercer *en permanence*, étant donné que les

⁹⁷ Cette condition est réalisée sans autre dès qu'un bien juridiquement protégé est violé (p. ex. la santé, la vie ou la propriété), cf. ch. 3.2.3.2 let. A *supra*.

⁹⁸ Cf. de manière générale GROSZ, Internationaler Umweltschutz und gesellschaftliche Unternehmensverantwortung (n.91).

risques en matière de droits de l'homme peuvent changer au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise commerciale (Principe 17 let. c).

Examen concret de la situation des droits de l'homme : Afin d'examiner les risques en matière de droits de l'homme, il faut évaluer la situation des droits de l'homme ; identifier qui pourrait être touché ; répertorier les normes et questions pertinentes en matière de droits de l'homme ; et anticiper de quelle manière le projet d'activités et les relations commerciales qui en découlent pourraient avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme des acteurs identifiés. Au cours de ce processus, les entreprises devraient accorder une attention particulière aux incidences spécifiques sur les droits de l'homme des individus appartenant à des groupes ou des populations qui peuvent être plus exposés que d'autres à la vulnérabilité ou à la marginalisation et prendre en compte les risques différents qu'encourent les hommes et les femmes (Principe 18, commentaire §1).

Information suffisante : Le processus de diligence raisonnable devrait recourir à des compétences internes et/ou indépendantes externes dans le domaine des droits de l'homme. De plus, il devrait comprendre de véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés, et ce en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature et du cadre de l'activité (Principe 18 let. a et b). Enfin, les entreprises devraient s'efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d'être concernées en les consultant directement de telle manière que soient pris en compte la langue et les autres obstacles potentiels à un dialogue fructueux. Lorsqu'il n'est pas possible de mener de telles consultations, les entreprises devraient envisager d'autres possibilités raisonnables comme consulter des experts indépendants crédibles, y compris des défenseurs des droits de l'homme et autres représentants de la société civile (Principe 18, commentaire, §4).

(B) « Prendre des mesures en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme et mettre fin aux violations existantes »

Intégration effective des résultats de l'examen des risques : Afin de *prévenir* et d'*atténuer* les incidences négatives sur les droits de l'homme, les entreprises devraient tenir compte des résultats de leurs études d'impact pour toute l'étendue des fonctions et processus internes pertinents et prendre les mesures qui s'imposent. Pour que cela soit efficace, la responsabilité de *remédier* à ces incidences doit être assignée au niveau et à la fonction appropriés au sein de l'entreprise. Enfin, le processus décisionnel interne, les allocations budgétaires et les processus de contrôle doivent permettre de prendre des mesures efficaces contre ces incidences (Principe 19 let. a et commentaire, paras. 1-3).

Prévenir, atténuer ou réparer : Lors de l'évaluation des incidences sur les droits de l'homme, les entreprises auront recherché, parmi les incidences négatives, celles qui sont *effectives* comme celles qui sont *potentielles*. Les incidences potentielles devraient être empêchées ou atténuées par l'intégration horizontale des résultats dans toute l'entreprise, alors que les incidences effectives – celles qui se sont déjà produites – devraient faire l'objet de mesures correctives (Principe 19, commentaire §2, en lien avec le Principe 22 concernant la réparation).

Prendre les mesures appropriées : Les mesures qu'il convient de prendre varieront selon que l'entreprise est à l'*origine* de l'incidence négative ou y *contribue*, ou qu'elle est *impliquée* seulement parce que l'incidence est directement liée à son exploitation, ses produits ou ses services par une relation commerciale. Les mesures varieront également selon l'*influence* plus ou moins élevée dont dispose l'entreprise pour lutter contre

l'incidence négative (cf. Principe 19 let. b.). Il y a influence lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui commet un abus (Principe 19, commentaire, §4). Si l'entreprise n'a pas le pouvoir de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives ni n'est en mesure de l'accroître, elle devrait envisager de *mettre un terme* à la relation (Principe 19, commentaire, §8).

Contrôle de l'efficacité des mesures prises : Pour vérifier s'il est remédié aux incidences négatives sur les droits de l'homme, les entreprises devraient *contrôler* l'efficacité des mesures qu'elles ont prises. Ce contrôle devrait se fonder sur des indicateurs qualitatifs et quantitatifs appropriés et s'appuyer sur les appréciations de sources tant internes qu'externes, y compris des acteurs concernés (Principe 20 let. a et b). Les entreprises devraient faire des efforts particuliers pour vérifier l'efficacité des mesures prises pour remédier aux incidences sur des individus ou des groupes de population qui peuvent être plus exposés à la vulnérabilité ou à la marginalisation. Des mécanismes de réclamation au niveau opérationnel peuvent aussi permettre de recueillir l'avis des personnes directement touchées quant à l'efficacité de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme comme indiqué au Principe 29 (cf. Principe 20, commentaire, §2 et 3).

(C) « *Rendre compte des mesures prises* »

Manière de communiquer : Pour rendre compte de la façon dont elles remédient à leurs incidences sur les droits de l'homme, les entreprises devraient être prêtes à communiquer l'information *en externe*, en particulier lorsque des préoccupations sont exprimées par les acteurs concernés ou en leur nom. Ensuite, les entreprises dont les activités ou les cadres de fonctionnement présentent des risques d'incidences graves sur les droits de l'homme doivent faire connaître *officiellement* la manière dont elles y font face (Principe 21).

Modalités et fréquence : Dans tous les cas, les communications devraient s'effectuer selon des modalités et à une fréquence en rapport avec les incidences sur les droits de l'homme de l'entreprise et être faciles d'accès pour les publics auxquels elles s'adressent. Ces communications devraient de plus fournir des informations suffisantes pour évaluer l'efficacité des mesures prises par une entreprise pour remédier à l'incidence sur les droits de l'homme dont il est plus particulièrement question (Principe 21 let. a et b).

Contenu et vérification : Les rapports devraient porter sur des thèmes et des indicateurs afférents à la manière dont les entreprises identifient les incidences négatives sur les droits de l'homme et y remédient. Le contenu et la crédibilité des rapports sur les droits de l'homme peuvent être renforcés par une vérification indépendante (Principe 21, commentaire, § 3).

(D) « *Étendue du devoir de diligence* »

Le devoir de diligence en matière de droits de l'homme devrait viser les incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir *causé* ou auxquelles elle peut *contribuer* par le biais de ses *propres* activités, ou qui peuvent *découler directement* de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales (cf. Principes 13 et 17 let. a, pour les limitations concernant les responsabilités éventuelles, cf. ch. 3.2.5 let. E *infra*).

(E) « L'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement »

Le processus de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme est plus ou moins complexe suivant la taille de l'entreprise, le risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits de l'homme, et la nature et le cadre de ses activités (cf. Principe 17 let. b). Lorsque les entreprises comptent un grand nombre d'entités dans leurs chaînes de valeur, elles doivent recenser les domaines généraux où le risque d'incidences négatives sur les droits de l'homme est le plus important, que cela soit dû au cadre d'exploitation de certains fournisseurs ou clients, aux activités, produits ou services particuliers en jeu et leur conférer un ordre de priorité pour l'exercice de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (Principe 17, commentaire, §5).

(F) Décharge des PME : « Le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure »

La disposition constitutionnelle prévoit expressément que le législateur tienne compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui présentent des risques faibles au regard des droits de l'homme⁹⁹. Cela signifie en pratique que les petites et moyennes entreprises ne sont en principe pas concernées par l'initiative, sauf si elles sont actives dans un secteur à haut risque. Des exemples de secteurs à haut risques sont notamment l'extraction ou le commerce de matières premières, par exemple le cuivre ou l'or ainsi que le commerce de diamants ou de bois tropical. Comme pour d'autres domaines politiques, il appartiendra au Conseil fédéral d'évaluer périodiquement quelles branches présentent des hauts risques. Il y aura enfin lieu de prendre en compte la nature et le cadre d'une activité particulière (cf. Principe directeur des Nations Unies 17, commentaire).

(G) Le devoir de diligence raisonnable au regard des normes environnementales internationales

Les règles de l'OCDE et de l'IFC, tout comme l'initiative, prévoient un devoir de diligence pour les entreprises en lien avec des normes internationales environnementales qui reprennent les principes du droit international environnemental¹⁰⁰.

(1) C'est ainsi que les deux instruments prévoient un *examen d'impact environnemental*, afin d'inclure les atteintes négatives à l'environnement dans les processus de décisions des entreprises¹⁰¹. Ces examens doivent se baser sur les connaissances scientifiques et être menés à intervalle régulier. Ils concernent p.ex. une évaluation du choix du lieu de l'exploitation, du processus d'un projet de construction ou de production et les conséquences résultant de la vente des produits¹⁰².

(2) Sur la base de l'examen d'impact environnemental, les entreprises sont tenues de mettre en place et appliquer *un système de gestion environnementale* afin de contrôler

⁹⁹ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Concepts et principes, §6.

¹⁰⁰ Cf. pour le détail, GROSZ, Internationaler Umweltschutz und gesellschaftliche Unternehmensverantwortung (n.91).

¹⁰¹ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §3 et commentaire, §67. IFC Performance Standard 1 (n.96), n. 5 ss.

¹⁰² Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §3 et 7 et commentaire, §67. IFC Performance Standard 1 (n.96), n. 5 ss.

l'impact sur l'environnement et réduire cet impact au moyen de mesures adaptées¹⁰³. Conformément au principe de précaution en droit (international) de l'environnement, les mesures de prévention sont au premier plan¹⁰⁴, également en cas p.ex. d'incertitudes scientifiques relatives à un risque¹⁰⁵.

(3) Les règles internationales prévoient ensuite des *devoirs de transparence*. Cela implique de communiquer des informations relatives aux effets potentiels de leurs activités sur l'environnement aux collectivités publiques compétentes, aux communautés concernées et au public¹⁰⁶. Ces règles mettent enfin l'accent sur la consultation avec les communautés directement concernées en vue d'un échange d'informations et d'opinions qui sont à prendre en compte dans le processus de prise de décisions¹⁰⁷.

Ce rapport explicatif expose les principes généraux concernant le devoir de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement. Pour le reste, il appartiendra au législateur et aux autorités d'application de la loi de les concrétiser dans les domaines du droit pertinents. Un domaine du droit dans lequel ce devoir devrait être concrétisé ainsi que quelques exemples pratiques sont présentés dans la partie qui suit sur le droit de la responsabilité délictuelle.

3.2.4.2 L'examen de la diligence raisonnable au regard du droit de la responsabilité extracontractuelle

(A) Principes

L'initiative tend à introduire un devoir d'agir et poursuit une approche basée sur les risques. Cette approche implique également qu'un standard de diligence est nécessaire pour déterminer l'existence d'une *faute* au sens du droit de la responsabilité délictuelle. Dans la pratique unanime des États, un devoir de diligence est un standard objectif qui fonde la responsabilité délictuelle lorsque : 1) le risque associé au comportement était prévisible pour l'auteur du dommage et ; 2) ce dernier n'a pas pris les mesures nécessaires à empêcher le dommage de se réaliser. De plus, selon la conception unanime en droit positif suisse et au niveau international, la faute ne doit pas nécessairement être déterminée sur la base d'un standard défini dans des normes juridiquement contraignantes. Au contraire, la faute peut aussi *être déterminée au regard d'un standard de diligence inscrit*

¹⁰³ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §1 ; IFC Performance Standard 1 (n.96), n. 13 ss.

¹⁰⁴ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §5; IFC Performance Standard 3 (n.96), n. 3 f., n 6 ss. et n 10 ff.

¹⁰⁵ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §4 et commentaires, §69 s.

¹⁰⁶ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §2 et commentaires, §65 s. IFC Performance Standard 1 (n.96), n. 29.

¹⁰⁷ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Chapitre VI, §2 et commentaires, §65 s. IFC Performance Standard 1 (n.96), n. 30 ff., notamment les projets qui peuvent affecter les peuples autochtones doivent respecter le principe du consentement primaire, libre et informé, „*prior informed consent*“ (cf. IFC Performance Standard 1 (n.96), n 32 und IFC Performance Standard 7, n. 13 ss.).

dans des normes de soft law¹⁰⁸. Il en résulte que le devoir de diligence défini dans les Principes directeurs des Nations Unies, repris par l'initiative, représente un guide international pour déterminer si une entreprise a commis une faute en droit de la responsabilité délictuelle¹⁰⁹. Dans l'optique de concrétiser ce standard de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme en droit suisse de la responsabilité délictuelle, l'initiative met en avant un caractère préventif. Les exemples d'application qui suivent permettent de le démontrer.

Les initiates et les initiants comprennent la notion de diligence raisonnable comme une obligation légale d'agir. L'entreprise est tenue de faire activement preuve de la diligence raisonnable (devoir d'agir). Par ailleurs, la diligence requise par la Constitution, et respectivement la loi d'application, sera déterminante pour juger de l'existence d'une faute dans un cas de responsabilité lorsqu'une entreprise reste inactive (omission).

D'autres standards internationaux qui devront s'appliquer pour concrétiser le devoir de diligence raisonnable de la disposition constitutionnelle devront être déterminés selon les circonstances du *cas d'espèce*. Les critères à prendre en compte pour l'application d'un standard international pourront être le cercle des *personnes visées par la norme*, l'auteur de la norme, son *acceptation par la société* et sa faculté à être *applicable de manière internationale*. Par exemple, lorsqu'une entreprise minière mandate une entreprise de sécurité privée pour protéger son site lors d'une manifestation et qu'elle fait usage de la violence, les *Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme* pourront servir le cas échéant de standard pour déterminer l'étendue du devoir de diligence que l'entreprise doit exercer dans ce contexte particulier. Ces principes prévoient, par exemple, que l'entreprise doit évaluer les risques de violence en lien avec les activités de l'entreprise et que l'usage de la force est strictement limité aux cas d'extrême nécessité et à un degré proportionnel à la menace.

(B) La concrétisation de la diligence raisonnable en droit de la responsabilité délictuelle à l'aide d'exemples pratiques

1ère étape: examiner les risques

Les Principes directeurs requièrent des entreprises qu'elles s'informent des répercussions de leurs activités sur la situation des droits de l'homme (cf. ch. 3.2.4.1 let. A *supra*). Cela signifie concrètement que les entreprises doivent se fonder sur des sources d'informations suffisantes, disponibles et actuelles. Elles doivent notamment consulter les personnes concernées, les organisations internationales, les États, les organisations non gouvernementales, les médias et/ou des experts indépendants. Dans l'exemple pratique, lorsqu'une entreprise consulte ces sources avec la diligence requise, elle devrait pouvoir prévoir quand des forces de sécurité privées auront recours à la violence pour réprimer des manifestations en violation des droits humains, pour reprendre l'exemple ci-dessus. En cas

¹⁰⁸ Cf. GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), III.C.3.a; également VAN DAM (n.35), 238 ss. (245) (également en lien avec les Principes directeurs des Nations Unies), CEES VAN DAM/FILIP GREGOR, Corporate responsibility to respect human rights vis-à-vis legal duty of care, in: Juan José Alvarez Rubio u.a. (éd.), Human Rights in Business: Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union, New York 2017, p.131.

¹⁰⁹ VAN DAM (n.35), 245 ss; Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 17, commentaire *in fine*.

de dommage, l'entreprise qui ne s'est pas renseignée sur les risques commet alors une faute en au sens du droit de la responsabilité délictuelle.

2ème étape : prendre des mesures

Les mesures de diligence appropriées prennent diverses formes selon que l'entreprise cause elle-même une atteinte ou qu'elle y contribue (Principe directeur des Nations Unies 19 let. b). Lorsqu'une entreprise *cause* une incidence négative sur les droits de l'homme, elle doit prendre les mesures nécessaires pour la prévenir ou la faire cesser (Principe directeur des Nations Unies 19, commentaire). Si elle y *contribue*, elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et user de son influence pour atténuer les incidences restantes dans la mesure du possible (Principe directeur des Nations Unies 19, commentaire). À cet égard, une entreprise commettrait une faute au sens de la responsabilité délictuelle si, p. ex., elle laissait à l'appréciation d'une entreprise de sécurité privée, qu'elle arme, de recourir à la violence contre des manifestants (pour les mesures appropriées à prendre dans ce cas, cf. Principe directeur des Nations Unies 19, commentaire)¹¹⁰.

(C) Les grandes lignes de la responsabilité civile

Afin d'établir un cadre équilibré, il reste enfin à présenter les grandes lignes de la responsabilité civile. Deux modes d'implication de l'entreprises sont à distinguer : (1) la participation par les activités propres de l'entreprise et (2) l'implication au travers d'une relation d'affaires avec un autre acteur qui est l'auteur du dommage. Les explications qui suivent se basent sur l'appréciation de l'initiative par GEISSER¹¹¹.

(1) Les activités propres d'une entreprise suisse

Le dommage qui résulte d'une activité propre d'une entreprise telle que définie par les Principes directeurs des Nations Unies correspond à la norme de base de la responsabilité de l'art. 41 CO¹¹². L'entreprise peut causer le dommage en tant qu'auteur principal (« cause ») ou contribuer au dommage (« contribue ») soit en tant qu'instigateur ou de complice de l'acte illicite d'un tiers (cf. illustration ci-dessus)¹¹³. Une entreprise suisse peut être instigatrice dans une chaîne d'approvisionnement, p. ex. lorsqu'elle change les exigences de production destinées aux fournisseurs à la dernière minute sans adapter les

¹¹⁰ Qui reste à concrétiser au regard des Voluntary Principles on Security and Human Rights (Multi-Stakeholder-Initiative, dont la Suisse fait partie, <http://www.voluntaryprinciples.org>

¹¹¹ Cf. pour le détail, GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), I.I.C.3.d.; Principes directeurs des Nations Unies (n. 3), Principe 13 let. a et b ; REY (n. 35), N. 69 et 72 s.

¹¹² En détail, Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 17 commentaire, Principe 22 (réparation), Principe 26 (Mécanisme judiciaire de l'État); REY (n.35), N. 516 ss., cela notamment dans le sens d'un comportement fautif causal (causalité naturelle et adéquate); de plus, ROLAND BREHM, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, Art. 41-61 OR, 4. Aufl, Bern 2013, Art. 50 N 24 ss.; également ANDREW CLAPHAM/SCOTT JERBI, Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses, Hastings International and Comparative Law Journal 2001, 339 ss; FLETCHER (n.37), 161 ss.; RATNER (n.79), 443 ss., 522 ss.

¹¹³ Pour le cas de la complicité, toutefois seulement dans le cadre de la détermination de la compétence des tribunaux, cf. BGE 131 III 153 E. 6.4.

prix et les délais de production, poussant ainsi les fournisseurs à violer les normes du travail afin de pouvoir livrer¹¹⁴.

(2) La relation d'affaires avec l'auteur du dommage

Dans cette catégorie tombe l'exemple d'une entreprise suisse qui contracte un fournisseur étranger sans exercer une pression directe ou indirecte sur le celui-ci qui produit dans des conditions ne respectant pas les standards de l'ILO¹¹⁵. Dans ce cas, l'entreprise suisse a certes une relation d'affaires avec le producteur qui est liée à l'atteinte envers les droits de l'homme. Au contraire des constellations précédentes toutefois, il n'existe pas une contribution causale et négligente de l'entreprise suisse en lien avec l'atteinte. La responsabilité pour faute ne s'applique donc pas. Une responsabilité *pour faute* en lien avec les relations commerciales telles que définies par les Principes directeurs des Nations Unies étendrait la responsabilité, ce qui ne correspond ni au cadre international de référence, ni à l'article 41 CO¹¹⁶.

Conformément au texte, à la systématique de l'initiative et à la volonté expresse des initiants et initiés, un tel élargissement de la responsabilité n'est *pas* prévu¹¹⁷. Hormis la question de la responsabilité civile, le devoir de diligence raisonnable de l'initiative s'étend néanmoins aux incidences négatives qui sont directement liées à ses relations commerciales (« directly linked to ») conformément aux Principes directeurs des Nations Unies. Cela implique que l'entreprise a encore un devoir de diligence et de transparence en *droit des sociétés*¹¹⁸. Ce devoir n'a toutefois pas de conséquence sur la responsabilité délictuelle pour faute¹¹⁹. Ces remarques permettent ainsi de limiter clairement la responsabilité *pour faute*. Les activités propres de l'entreprise y sont incluses, les incidences en lien avec les relations commerciales ne le sont pas. Au regard du droit positif, le devoir de diligence de l'initiative concrétise ainsi le standard de la diligence raisonnable. Un dernier état de fait spécifique reste à envisager. Il s'agit du dernier principe de responsabilité et concerne la responsabilité pour le manque de diligence dans le cas d'une relation de contrôle (cf. ch. 3.2.5 *infra*).

(D) Décharge des PME

La nature et la portée de la diligence raisonnable, ainsi que les mesures spécifiques appropriées à prendre à une situation particulière, dépendent de facteurs tels que la *taille de l'entreprise, le contexte dans lequel s'inscrivent ses activités ou le risque d'incidences sur les droits de l'homme*. (cf. Principes directeurs des Nations ci-dessus et Principes

¹¹⁴ Inspiré de l'exemple du UNITED NATIONS, The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretive Guide, 2012, p.17

<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/RtRInterpretativeGuide.pdf>

¹¹⁵ Cas également inspiré de UNITED NATIONS (n.114), p.17.

¹¹⁶ Cf. Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 17 commentaire (question de participation plurielle), Principe 22 (réparation), et Principe 26; cf. REY (n. 35), N. 591 ss. (602), selon lequel une causalité en cas d'une omission d'agir en présence d'un devoir d'agir ne conduit pas à une responsabilité pour faute ; aussi GEISSER (n.28), N. 558.

¹¹⁷ L'état de fait «ensemble des relations commerciales» n'est pas inclus dans l'alinéa 2 let. a et let. b qui règlent les questions de responsabilité. Cf. également là-dessus ch. 3.2.1.

¹¹⁸ Comité DESC (n.7), §33; en lien avec Principe directeur des Nations Unies 21 (n.3), ce qui a déjà été discuté en Suisse dans le cadre du devoir de diligence en droit des sociétés, ch. 2.2.3.3 let. C *supra*.

¹¹⁹ Conformément à l'interprétation systématique de l'alinéa 2 let. a-c de l'initiative, l'initiative ne crée donc pas un tel devoir d'agir au sens de REY (n. 35), N. 591 ff. (602).

directeurs de l'OCDE, Principes généraux, commentaire, §15). Conformément à la volonté des initiantes et initiants, les PME sont en règle générale exclues des règles de responsabilité, sauf en ce qui concerne les secteurs à haut risque (cf. ch. 3.2.4.1 let. F *supra*).

(E) Conclusion

Les sections précédentes ont présenté les premiers éléments d'orientation pour l'introduction du devoir de diligence raisonnable à la lumière du droit de la responsabilité délictuelle. Il appartiendra au législateur et aux autorités d'application de la loi de concrétiser chacun de ces éléments dans chacun des domaines du droit pertinents en édictant les règles d'application prévues par la disposition constitutionnelle. Dans cette tâche, ils devront prendre en compte en particulier les standards plus précis de branches particulières ainsi que le développement du droit à l'étranger¹²⁰.

3.2.5 La responsabilité pour le manque de diligence dans une relation de contrôle (lettre c)

(A) Problématique

La globalisation croissante de l'économie se caractérise par des entreprises qui sont économiquement liées, mais restent néanmoins juridiquement séparées dans le cadre de structures d'entreprises multinationales. Considérer des sociétés isolées les unes des autres entre en contradiction notoire avec la réalité, ce qui a des conséquences en matière de responsabilité pour violation des droit de l'homme¹²¹. C'est pourquoi les Principes directeurs des Nations Unies et d'autres documents internationaux recommandent aux États de créer les conditions légales de manière à *ce que la responsabilité juridique soit répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises* afin d'éviter qu'une entreprise puisse se soustraire à sa responsabilité. Le droit international confère aux États la responsabilité de régler la matière en droit interne¹²². Bien que le Conseil fédéral ait reconnu la problématique, aucune mesure n'est en vue¹²³. L'initiative entend donc concrétiser les recommandations internationales en la matière¹²⁴.

¹²⁰ Cf. récemment, Institut suisse de droit comparé (n.33). Pour les standards spécifiques dans les secteurs des matières premières, cf. Conseil fédéral, (n. 2), 1, 6 s.

¹²¹ Pour ce résultat, entre autres, ROLF H. WEBER, *Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?*, SJZ 2016, 25 s.

¹²² Cf. en général, Principe directeur des Nations Unies 16 (n.3), commentaire ; Comité DESC (n.7), §44 ("This requires State Parties to remove [...] barriers to remedies, including by establishing *parent company or group liability* regimes [...]."); cf. également §42 et 41-55. Comité des droits de l'enfant, *Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland*, UN Doc. CRC/C/CHE/CO/2-4, 26. Februar 2015, §22-23; Principes directeurs de l'OCDE (n.1), I §4 (répartition des compétences), UNITED NATIONS (n.114), p. 22; International Law Association (n.52), 2012, Principe 3.2 (commentaire); WEBER/BAISCH (n.35), 676 s.

¹²³ Cf. Conseil fédéral, *Rapport de droit comparé* (n.2), p. 9 ; WEBER (n.121), p. 27.

¹²⁴ Cf. en particulier et pour le détail, GEISSER, *Konzernverantwortung*initiative (n.49), IV.

(B) Principe de base

(1) La diligence raisonnable : Deux variantes entrent en considération en Suisse comme à l'étranger pour déterminer la responsabilité d'une entreprise au sein d'un groupe de sociétés pour le dommage causé à un tiers: le principe de la transparence (*Durchgriffshaftung*) et la responsabilité pour manque de diligence (*Sorgfaltshaftung*)¹²⁵.

En accord avec la conception nationale et internationale, l'initiative correspond à la deuxième variante de responsabilité. D'une part, la responsabilité pour manque de diligence permet une analyse détaillée du devoir de diligence des organes dirigeants d'une entreprise sur la surveillance de filiales étrangères. Elle a ainsi le potentiel de clarifier le devoir de surveillance d'un groupe en matière de droits de l'homme¹²⁶.

D'autre part, cette responsabilité pour manque de diligence ne contrevient pas au principe de la séparation juridique des entreprises et ne comporte donc pas les effets négatifs du principe de la transparence (*Durchgriffshaftung*)¹²⁷. L'initiative se limite à ancrer un *devoir de surveillance de la société-mère sur les activités relevant des droits de l'homme d'une filiale*. La filiale conserve pour le reste sa personnalité juridique indépendante et reste donc responsable de ses actes au regard des dispositions dans son pays¹²⁸. Enfin, la responsabilité de la société-mère pour l'acte dommageable d'un tiers (à savoir la filiale) en cas d'une omission requiert un devoir d'agir (*Handlungspflicht*) de la société-mère. Une norme particulière qui contient un devoir d'agir est donc nécessaire¹²⁹. Cela conduit au deuxième élément de la responsabilité pour le manque de diligence dans une relation de contrôle.

(2) La responsabilité du chef d'entreprise (*Geschäftsherrenhaftung*) :

Prenons un exemple inspiré de la pratique. Une société-mère qui a son siège en Suisse contrôle une filiale qui a son siège à l'étranger. La filiale extrait des matières premières, ce qui présente un danger pour la santé de la population locale. Les principes de responsabilité de l'initiative sont les suivants : celui qui contrôle une entreprise doit également exercer ce contrôle de manière éviter des violations des droits de l'homme ;

¹²⁵ WEBER/BAISCH (n.35), p. 685; VAN DAM (n.35), p. 248.

¹²⁶ En particulier WEBER/BAISCH (n.35), 685 ss. (687); VAN DAM (n.35), 248; WEBER (n.121), 26 ss.; ENNEKING (n.35), III.B und IV; Comité DESC (n.7), §44 („establishing parent company or group liability regimes“); GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), IV.

¹²⁷ La responsabilité fondée sur le principe de la transparence basée sur l'art. 2 CC n'est pas adaptée aux états de fait discutés dans ce rapport. Elle viole le principe de la séparation et considère qu'il s'agit d'un groupe de sociétés en cas d'abus. Une application élargie du principe de la transparence reviendrait à soupçonner de manière générale les entreprises. Par les cas dans lesquels elle est appliquée actuellement, ne peut pas être appliqué au contexte du présent rapport et ne s'appliquerait pas en pratique. Voir notamment WEBER/BAISCH (n.35), 688 ss. (691); VAN DAM (n.35), 247 s.; GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), IV; PIETH (n.26). Pour le concept, ROLAND VON BÜREN, *Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/6, Der Konzern*, 2. Aufl., Basel u.a. 2005, 181 ss.; également FORSTMOSER (n.67), 720 s. et PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*. 4. Aufl., Zürich u.a. 2009, § 11 N 475 ff.

¹²⁸ Pour la proposition de l'initiative, cf. 4.3.2. *infra*.

¹²⁹ REY (n.35), N. 72 s. et 591 ss. (602); PETER V. KUNZ, *Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz*, Bern 2016, N. 757; LUKAS HANDSCHIN, *Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht*, Zürich 1994, 110 s. (Art. 55 CO comme état de fait qui provoque la responsabilité de la maison-mère en cas d'omission). Nota bene: Selon les Principes directeurs des Nations Unies (n.3), les activités d'une entreprises comprennent aussi bien les actions que les omissions, Principe 13, commentaire.

celui qui profite économiquement des activités d'un tiers, doit également répondre des risques qui y sont liés. Ces principes de responsabilité correspondent à ceux de la responsabilité du chef d'entreprise (responsabilité de l'employeur) de l'art. 55 CO¹³⁰. C'est pourquoi le texte de l'initiative s'inspire de cette disposition. La responsabilité du chef d'entreprise (ou employeur) est également largement connue en droit étranger en ce qui concerne la responsabilité pour les risques en lien avec l'activité d'une entreprise¹³¹.

Pour la doctrine majoritaire suisse relative à la responsabilité de l'employeur, cette responsabilité peut s'appliquer également lorsque l'auxiliaire qui cause le dommage est elle-même une entreprise¹³². Cela dit, à l'heure actuelle, l'article 55 CO ne fait pas l'objet de jurisprudence sur des affaires qui concernent des relations entre des entreprises en Suisse¹³³. La disposition constitutionnelle entend modifier cette pratique. Elle concrétise la responsabilité de l'employeur au sein d'un groupe de sociétés (cf. ci-après) et lui confère la qualité de norme d'application immédiate (cf. ch. 3.2.2.2 let. B *supra*).

La disposition constitutionnelle contribue à la sécurité juridique et renforce de ce fait les droits humains à deux égards. D'une part, la responsabilité de l'employeur ancrée dans la Constitution s'appliquera aux *auxiliaires* étrangers d'une entreprise suisse nonobstant le droit international privé¹³⁴. D'autre part, elle inscrit expressément que des entreprises (c'est-à-dire des personnes morales) peuvent être « employeur » et « auxiliaire », ce qui met fin à toute insécurité juridique sur la question.

(C) Les conditions de la responsabilité

Inspirée de l'article 55 CO, la lettre c de la disposition constitutionnelle est formulée comme suit : « les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus [...] dans l'accomplissement de leur activité ; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas

¹³⁰ REY (n.35), N. 84 et 897 ss.; MARTIN PETRIN, Fortentwicklung der Geschäftsherrenhaftung in der Schweiz, Zürich u.a. 2004, 21 et 22 s.; HANDSCHIN (n.129), 347.

¹³¹ En droit allemand, cf. BGB 831; en France, CCfr 1384 V; en droit italien, CcIt 2049; en Autriche, ABGB 1315; en droit comparé, cf. EGTL (n.79), art. 6 :102.

¹³² HOFSTETTER (n.33), 239 ss.; HANDSCHIN (n.129), 344 ss.; VON BÜREN (n.127), 202 s.; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, Bern 2006, 89 s.; KARIN BEYELER, Konzernleitung im schweizerischen Privatrecht, Zürich 2004, 272 f.; JEAN NICOLAS DRUEY/ALEXANDER VOGEL, Das Schweizer Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, 101; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich 1980, 174 ff.; GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), Point 4; FRANÇOIS MEMBREZ, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, 2012, 32 ss. Des rejets catégoriques n'existent plus dans la doctrine récente.

¹³³ Cf. notamment la décision non publiée du Tribunal fédéral du 11 juin 1992, in: SJ 114 (1992), p. 627 s. Il y a également lieu de mentionner l'affaire Seveso (résumée dans HOFSTETTER (n.33), p. 37): le demandeur arguait entre autres que le défendeur (Hoffmann La-Roche ayant son siège en Suisse) était l'employeur (*Geschäftsherr*) de Givaudan (sa filiale étrangère) et qu'il répondait donc des actes de cette filiale. Il n'y a pas de décision juridique, la procédure de conciliation ayant abouti.

¹³⁴ Cf. IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, 2^e ed., St. Gallen 1998, N. 660. En lien avec les questions de compétence, voir également UMBRICH/ZELLER, in: BSK IPRG, N. 24, Art. 129.

empêché le dommage de se produire ». Les conditions de la responsabilité sont les suivantes au regard de cette formulation :

- 1) L'entreprise A contrôle l'entreprise B (relation de contrôle) ;
- 2) L'entreprise B cause de manière causale et illicite un dommage en tant qu'auxiliaire ;
- 3) Le dommage est causé dans l'accomplissement de l'activité (lien fonctionnel) ;
- 4) L'entreprise A qui est « chef d'entreprise » ne parvient pas à apporter la preuve de sa diligence.

Il y a lieu d'expliquer plus en détail la notion de *contrôle* et celle de la *preuve de la diligence*.

(D) Le contrôle

Cette notion est précisée dans la lettre a de la disposition constitutionnelle : « les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre ; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique ». Les conditions cumulatives suivantes sont à considérer pour une responsabilité dans une relation de contrôle.

(1) Relation d'affaire en lien avec la violation des droits de l'homme : Tout d'abord, une relation d'affaire doit être existante ; tout contrôle requiert une relation commerciale. Selon l'alinéa 2 let. c, l'entreprise contrôlée doit ensuite avoir causé une violation « dans l'accomplissement de [son] activité » et non pas dans l'accomplissement d'une activité pour quelqu'un d'autre que la société-mère¹³⁵. La condition de responsabilité d'un lien fonctionnel reflète les limites des Principes directeurs des Nations Unies. Ceux-ci ne prévoient pas de responsabilité au-delà d'une relation commerciale qui est liée à une violation des droits de l'homme (cf. ch. 3.2.4.2 let. C *supra*).

(2) Présence de hiérarchie – la relation de contrôle : L'art. 55 CO requiert une relation de subordination, c'est-à-dire de contrôle. Ce qui est déterminant n'est pas la qualification juridique de la relation, mais l'existence d'une relation de contrôle *de fait*, à savoir économique et organisationnelle, entre les entreprises¹³⁶. Dans le **groupe de sociétés**, une relation de contrôle est donnée traditionnellement par la participation définie en droit des sociétés (p.ex. lorsqu'une entreprise dispose de la majorité des voix au sein de l'organe suprême ou du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, cf. art. 963 CO qui précise la relation de contrôle)¹³⁷. Il est possible toutefois qu'un **contrôle entre sociétés** puisse également s'étendre au-delà d'une participation en droit des sociétés, notamment en présence d'un contrat ou, comme le prévoit l'initiative, par le biais d'un pouvoir économique, c'est-à-dire un « contrôle de fait ». VON BÜREN présente à cet égard l'exemple du contrat d'achat exclusif : une entreprise produit en pratique exclusivement pour une autre entreprise ; la rupture de la relation remettrait alors en question l'existence de l'entreprise productrice. Dans ce sens, les paramètres décisifs pour déterminer le contrôle pourraient être, entre

¹³⁵ REY (n.35), N. 912 ff.; HANDSCHIN (n.129), 350 s.; KAUFMANN (n.65), 51, donnant un exemple qui n'entre pas dans le champ d'application de l'initiative constitutionnelle.

¹³⁶ REY (n.35), N. 903 s. (904); VITO ROBERTO, *Haftpflichtrecht*, Bern 2013, N. 8.07; KARL OFTINGER/EMIL W. STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zweiter Bd.: Besonderer Teil, Erster Teilband, 4. Aufl., Zürich 1987, 303 ff. (305); PETRIN (n.130), 67 ff.; BGE 61 II 342 E. 2.

¹³⁷ Reprise de l'art. 5 LPSP, cf. la-dessus, n.48.

autres¹³⁸, la position sur le marché des entreprises concernées ainsi que les accords contractuels spécifiques entre elles. Pour la relation de contrôle, il y a lieu de relever notamment :

- une participation au sens du droit des sociétés ;
- les dispositions contractuelles concrètes entre les entreprises concernées ;
- le nombre des fournisseurs ;
- la structure et la complexité de la chaîne d'approvisionnement ;
- la position sur le marché de l'entreprise vis-à-vis de ses fournisseurs.

Cette notion de contrôle peut s'appuyer sur l'art. 55 CO et se retrouve dans le droit des sociétés. Par ailleurs, elle se conforme aux Principes directeurs de l'OCDE¹³⁹. Avec cette formulation, l'initiative entend aller au-delà de la notion de contrôle, telle qu'elle est prévue à l'art. 963 CO concernant la présentation de comptes consolidés. La possibilité de déterminer une relation de contrôle au regard d'une relation de fait dans un cas particulier est nécessaire pour se conformer aux réalités économiques. En effet, déterminer *a priori* l'existence d'un contrôle pour une société holding (sans mécanisme établi de direction)¹⁴⁰, mais refuser systématiquement l'existence d'un tel contrôle lorsqu'une entreprise travaille sur la base de contrats d'achat exclusif avec une autre ne serait pas équitable au vu de la réalité des faits¹⁴¹. Pour le reste, les initiates et initiants sont conscients que les possibilités d'influencer des entreprises au-delà de ce rapport de contrôle dans la chaîne d'approvisionnement sont limitées¹⁴². En l'absence d'une relation de contrôle, une entreprise peut uniquement se rendre civilement responsable dans un cas particulier lorsqu'elle agit comme instigatrice ou complice (cf. ch. 3.2.4.2 let. C, *supra*). Hormis la question de la responsabilité civile, les entreprises restent néanmoins tenues de s'efforcer des respecter les droits de l'homme¹⁴³.

(E) La diligence raisonnable

La preuve de la diligence prévue à la lettre c est en lien avec le devoir de diligence raisonnable défini à la lettre b de la disposition constitutionnelle. Les explications qui suivent doivent ainsi être comprises comme une concrétisation du devoir de diligence raisonnable de la lettre b dans le cas de la responsabilité d'une entreprise pour les actes d'une entreprise contrôlée.

138 VON BÜREN (n. 127), 78 ss. (81); pour une approche différente selon le domaine juridique, KUNZ (n. 129), N. 17 ss.; HANDSCHIN (n. 129), 349 (sur l'art. 55 CO); cf. également au regard de la pratique comparée, BUENO (n. 83), 565 ff., 575 ff.; VAN DAM (n.35), 247 ss.

139 Cf. HOFSTETTER (n. 33), 4; l'entreprise multinationale au sens des Principes de l'OCDE (n.1) est définie comme des « entreprises ou d'autres entités établies dans plusieurs pays et liées de telle façon qu'elles peuvent coordonner leurs activités de diverses manières. », Chap. I, §4.

140 BEYELER (n.132), 18 s. (La direction du groupe reste chez la société-mère).

141 Cf. entre autres, GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), IV.

142 Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Principes généraux, commentaires, §21 ss.

143 Pour les réseaux d'entreprises dans la chaîne d'approvisionnement, les entreprises doivent ainsi participer aux efforts collectifs déployés à l'échelle de leur secteur d'activité aux côtés des autres entreprises avec lesquelles elles ont des fournisseurs communs, afin de coordonner leurs politiques et leurs stratégies de gestion des risques, y compris grâce à des échanges d'informations. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Principes généraux, commentaires, §23.

La preuve de la diligence s'étend en général aux quatre *curae* suivants :

- La diligence dans le choix de l'auxiliaire ;
- La diligence dans l'instruction de l'auxiliaire ;
- La diligence dans la supervision de l'auxiliaire ;
- La diligence dans l'organisation appropriée de l'entreprise.

Pour la relation entre l'entreprise contrôleuse et l'entreprise contrôlée, la diligence dans la supervision a un rôle central¹⁴⁴. Selon l'interprétation d'HOFSTETTER concernant la supervision dans un groupe de sociétés, il convient d'exiger de la direction du groupe d'épuiser toutes les possibilités organisationnelles pour assurer une sécurité optimale des activités des filiales (*Konzernorganisationshaftung*)¹⁴⁵. Les Principes directeurs de l'OCDE concrétisent cette diligence raisonnable. « En fonction de la *répartition effective* des responsabilités entre elles, on attend des différentes entités [d'une entreprise multinationale] qu'elles coopèrent et se prêtent mutuellement concours pour faciliter l'observation des Principes directeurs¹⁴⁶. « Les *dispositifs de conformité et de contrôle* doivent aussi intéresser [les] filiales dans la mesure du possible. La mission de surveillance des pratiques de gouvernance qui incombe au conseil implique de *contrôler* en permanence les *structures internes d'un groupe* afin de s'assurer que les *responsabilités* y sont clairement définies¹⁴⁷. Selon GEISSER ceci se concilie parfaitement avec la diligence requise en droit de la responsabilité civile et des sociétés: «*Es geht um eine zweckmässige, dem Verhältnis von Kontrolle, Risiken und Mitteln entsprechende Kompetenzaufteilung innerhalb der Unternehmensgruppe, die organisatorisch darauf abzielt, menschenrechtliche Beaufsichtigungslücken zu vermeiden*»¹⁴⁸. Il appartient donc au législateur de préciser les devoirs de la société-mère relatifs au contrôle des risques pour les droits de l'homme que comportent les activités de ses filiales.

(F) Exemple d'application

Une société-mère a son siège en Suisse. Les activités extractives d'une filiale, dont le siège est à l'étranger, causent des émissions portant atteinte à la santé des travailleurs et de la population locale. Pour contrer les manifestations, la filiale engage du personnel de sécurité qui cause la mort de manifestantes et manifestants et des lésions corporelles. Pour cet exemple, le standard de la diligence peut être concrétisé au regard de l'initiative et de des principes mentionnés ci-dessus de la manière suivante :

1ère étape : examiner les risques

La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme doit être mise en œuvre le plus tôt possible dès le début d'une nouvelle activité ou relation (Principe directeur des Nations Unies 17, commentaire). Elle devrait évaluer la nature des incidences négatives effectives et potentielles sur l'ensemble des droits de l'homme dans lesquelles une entreprise peut avoir une part (Principe directeur des Nations Unies 18, commentaire). Cette obligation

¹⁴⁴ Cf. ALBERS-SCHÖNBERG (n. 132), p. 179 s.; HOFSTETTER (n.33), 243 s.; HANDSCHIN (n.129), 117, 343 s.

¹⁴⁵ HOFSTETTER (n.33), 243.

¹⁴⁶ Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Concepts et principes, §4 (italique ajouté).

¹⁴⁷ Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Concepts et principes, §9 (italique ajouté).

¹⁴⁸ GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), III.C.4.3.ii.f.

d'identifier les risques au plus tôt concerne l'ensemble des activités du groupe¹⁴⁹. La société-mère pourrait enfreindre son devoir de diligence raisonnable dans le cas d'espèce, si elle se limitait à identifier les risques sur certains droits de l'homme seulement (p. ex l'interdiction du travail des enfants) alors qu'un examen des priorités au travers d'un système de gestion des risques lui aurait permis d'identifier l'ensemble des risques compte tenu du contexte dans lequel elle exerce ses activités¹⁵⁰.

2ème étape : prendre des mesures

L'entreprise doit intégrer les résultats de l'évaluation des incidences dans toutes les fonctions commerciales pertinentes et prendre les mesures qui s'imposent (Principe directeur des Nations Unies 19, commentaire). Ce devoir pourrait être violé dans le cas d'espèce lorsque les organes dirigeants de la société-mère imposent des attentes en termes de recettes et de production à la filiale au moment de renouveler les installations¹⁵¹. Un organe de contrôle aurait pu conseiller le conseil d'administration d'adapter les objectifs en terme de recettes et de production de manière à ce que la filiale puisse installer, par exemple, de filtres et ainsi réduire son impact sur les droits humains. En l'absence d'un organe de contrôle central, par exemple une division « santé et environnement » qui rend des comptes aux organes dirigeants du groupe, la société-mère souffre d'un sévère défaut d'organisation. La responsabilité d'examiner les risques et d'intégrer les résultats de cet examen au sein de l'entreprise afin de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme n'ont pas été assignées au niveau et à la fonction appropriés¹⁵².

(G) But et proportionnalité de la mesure

Premièrement, la règle est équilibrée, car elle se limite à introduire un devoir de diligence qui peut avoir des conséquences pour la responsabilité civile, mais qui se limite à la relation de contrôle. Elle ne s'étend pas aux autres relations d'affaires sur lesquelles un contrôle n'est pas exercé (cf. ch. 3.2.5 let. D *supra*).

Deuxièmement, elle est appropriée, car elle confère certes la charge de la preuve à l'entreprise contrôleuse en ce qui concerne la diligence exercée, par analogie à l'art. 55 CO, mais il appartient au demandeur d'apporter la preuve du contrôle de fait, de l'acte illicite de l'entreprise contrôlée ainsi que du lien de causalité entre l'acte dommageable et

¹⁴⁹ Cette obligation s'étend même à toutes les relations commerciales conformément aux Principes directeurs des Nations Unies (n.3): cf. p. ex: Lok Shakti Abhiyan (India), KTNC Watch (South Korea), Fair Green and Global Alliance (Netherlands) et Forum for environment and development (Norway) vs. South Korean Pohang Iron and Steel Enterprise (POSCO), the Dutch Pension Fund ABP and its pension administrator APG, and the Norwegian Bank Investment Management (NBIM) of the Government Pension Fund Global, Norwegian National Contact Point, Final Statement du 27. Mai 2013, <http://tiny.uzh.ch/v8>, 29 ss. (30 und 33); HANDSCHIN (n. 129), 343; en lien avec l'article 55 CO pour une violation du devoir dans le choix de l'auxiliaire „cura in eligendo“, de manière générale REY (n.35), N. 929.

¹⁵⁰ Cf. Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principes 17 et 18 et commentaires ; pour un cas d'application, cf. Norwegian National Contact Point, Final Statement (n. 149), 37.

¹⁵¹ Pour des exemples de répartition des compétences, VON BÜREN (n. 127), 57; HANDSCHIN (n.129), 352 (sur l'art. 55 CO). Dans le présent contexte et pour une analyse de cas, BUENO (n. 83), 575 ff.

¹⁵² Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 19 a(i) et commentaire.

le dommage¹⁵³. Ce mécanisme correspond au cadre des Nations Unies qui demande de réduire les obstacles pratiques en matière de preuves, lorsqu'elles sont détenues par l'entreprise elle-même. Ce ne serait pas le cas si la personne lésée devait apporter les documents internes à l'entreprise pour prouver le manque de diligence¹⁵⁴. Cela résout également la problématique d'accéder à des preuves à l'étranger, notamment celles qui se trouvent ou devraient se trouver au lieu de la direction en Suisse. Cette règle apporte également de la clarté pour l'économie : lorsqu'une entreprise prouve avoir fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b de la disposition constitutionnelle pour prévenir le dommage ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire; elle n'a pas à craindre pour sa responsabilité.

Troisièmement, elle est équilibrée, car elle n'étend en rien le devoir de surveillance des organes dirigeants en droit des sociétés. Au contraire, elle reflète le droit existant. Le conseil d'administration d'une société-mère a en effet déjà l'attribution inaliénable de surveiller l'activité des filiales. Il existe par ailleurs une tendance indéniable de la doctrine à interpréter que ce devoir (qui découle p. ex des art. 716a al. 1 ch. 2 et 5 CO et art. 717 CO) s'étend aux activités des filiales en ce qui concerne la protection des droits de l'homme, et plus particulièrement, de biens juridiquement protégés comme la vie, l'intégrité physique, la personnalité ou la propriété. Ce principe de responsabilité dans une relation de contrôle renforce certes la protection de biens juridiquement protégés également de tiers (cf. ch. 3.2.3.2 supra). Il reste néanmoins conforme à l'examen de la diligence, tel qu'il est déjà conçu et connu en droit des sociétés. La responsabilité civile découlant du droit des sociétés et du droit de la responsabilité délictuelle sont toutes deux liées par la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. L'initiative invite à développer de manière coordonnée ces deux domaines¹⁵⁵.

Quatrièmement, la règle est conforme à son but, car il n'existe actuellement aucune alternative crédible en droit de la responsabilité extracontractuelle en ce qui concerne la

¹⁵³ REY (n.35), N. 901 s.; par ailleurs, il existe un pendant en droit des sociétés Art. 754 Abs. 2 OR (FORSTMOSER (n.67), p.716); pour ceux qui y voient une violation de la présomption d'innocence (p. ex. FELIX EHRAT, „Die Initiative ist eine Mogelpackung“, NZZ vom 8.11.2016, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/wirtschaftspolitik/konzernverantwortungsinitiative-die-initiative-ist-eine-mogelpackung-ld.126981>), qui du reste est un concept de droit pénal et non du droit civil.

¹⁵⁴ Cf. Comité DESC (n.7), §45 (42/44); Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 19, commentaire ; HOFSTETTER (n.33), 205 et 241; GWYNNE SKINNER/ROBERT MCCORQUODALE/OLIVIER DE SCHUTTER, The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business (International Corporate Accountability Roundtable, Core, European Coalition for Corporate Justice, 2013), 43 ss.; GEISSER (n.28), N. 424 et N. 568 (p.493).

¹⁵⁵ Cf. pour le résumé de la discussion GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), IV; en particulier PETER FORSTMOSER, Coporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in: Robert Waldburger et al. (Hrsg.), Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, en particulier 174 s.; DERS (n.52), 708 ss.; WEBER/BAISCH (n.35), 687 s.; également et avec un résultat plus mitigé, Institut suisse de droit comparé (n.33), 27 s. und 40 ss. (46, 49); de manière intéressante en droit comparé et en lien avec les Principes directeurs des Nations Unies, CEES VAN DAM/FILIP GREGOR (n.108), 131 ss.; pour les bases en droit des sociétés, cf. HANDSCHIN (n.129), 109 ss., 111 et 346 ff. (353) (pour le lien entre le devoir de direction du groupe et la responsabilité du chef d'entreprise); JEAN NICOLAS DRUEY, Leitungsrecht und -pflicht im Konzern, in: Charlotte M. Baer (Hrsg.), Vom Gesellschafts- zum Konzernrecht, Bern 2000, 24 ss. En particulier sur l'organe de fait, ATF 128 III 92 C. 3. Pour une réponse à WEBER, (n. 121), 27 s. (en lien avec le droit international privé), cf. HOFSTETTER (n.33), 246 s.; avec également des exceptions au statut de filiale.

responsabilité pour le défaut d'organisation d'une entreprise en matière de droits de l'homme. Comme mentionné ci-dessus, les mécanismes de responsabilité pour le groupe de sociétés, p. ex. la responsabilité de la société-mère comme organe de fait de la filiale, ne permettent aucunement la réparation pour les tiers lésés qui, sans relation contractuelle avec l'entreprise, n'ont pas la légitimité active de faire une demande de réparation. Quant au *principe de la transparence (Durchgriffshaftung)* comme moyen résiduel d'établir la responsabilité d'un groupe, elle n'est pas non plus une option pour les personnes lésées (cf. ch. 3.2.5 let. B *supra*). Il reste encore la responsabilité pour acte illicite en cas de *confusion des sphères (Doppelorganshaft)*. Son champ d'application (une personne morale est à la fois organe de la société-mère et de la filiale) est bien trop limité et les barrières pratiques (en particulier la charge de la preuve) trop importantes pour être présentée comme une alternative réelle à la responsabilité de l'entreprise fondée sur celle du chef d'entreprise¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Cf. de manière générale, GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative (n.49), Point 4; Comité DESC (n. 7), §42-45 et Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 26 commentaire; ensuite HOFSTETTER (n. 33), (en particulier 201 ss., 204, 225, 232 und 239 ss.); VON BÜREN (n.127), 174 ss.; KUNZ (n.129), N. 820 (avec une référence au renversement du fardeau de la preuve en fonction de la proximité de la preuve); enfin ch. 3.2.5 let. B *supra*.

Ce chapitre présente les conséquences juridiques de l'initiative. Il montre la manière dont la disposition constitutionnelle s'inscrit dans l'ordre juridique existant. Suivant la systématique du droit, ce chapitre est divisé en sections portant sur le droit international, le droit constitutionnel et une dernière sur la législation nationale.

4.1 Droit international public

Le droit national doit être formulé et interprété de manière conforme au droit international¹⁵⁷. Ce principe concerne en particulier le noyau dur des droits de l'homme internationalement reconnus¹⁵⁸. L'initiative respecte pleinement ce principe comme présenté dans les explications qui suivent.

4.1.1 Initiative pour la protection des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales

Selon les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, la Suisse a un devoir de protéger les droits humains non seulement à l'intérieur des frontières nationales, mais également à l'étranger pour ce qui concerne les activités à l'étranger des entreprises qui sont établies en Suisse (cf. ch. 3.2.2.2 let. C *supra*). Ce cadre de référence repose en partie sur le droit international juridiquement contraignant et en partie sur les normes internationales de *soft law* (cf. ch. 2.2.1 *supra*). L'initiative populaire doit être comprise, conformément à ce rapport explicatif, comme une mise en œuvre consécutive de ce cadre international.

4.1.2 Conformité de l'initiative avec le droit international

Dans cette section, il convient tout d'abord de déterminer si l'initiative contrevient à une norme impérative du droit international (cf. art. 139 al. 3 Cst.). Les normes impératives du droit international comprennent notamment le noyau dur des droits de l'homme comme par exemple l'interdiction de l'esclavage. À cet égard, la disposition constitutionnelle n'est pas seulement conforme aux normes impératives du droit international, mais elle œuvre à son incorporation en droit interne.

Comme mentionné ci-dessus (cf. ch. 3.2.2.2 let. C *supra*), l'initiative est aussi conforme au principe coutumier de la *souveraineté étatique* et à la sécurité juridique dans les relations économiques et juridiques internationales. En effet, la disposition constitutionnelle ne règle que le comportement des entreprises établies en Suisse¹⁵⁹. Elle n'a d'*effet* direct qu'en Suisse et n'entrave pas la souveraineté d'autres États. Du reste, elle se limite aux

¹⁵⁷ Cf. ch. 3.1.2; également ATF 117 Ib 372, C. 2e.

¹⁵⁸ Cf. ATF 125 II 425, C. 4d; dans ce sens, voir également le Rapport du Conseil fédéral sur la relation entre droit international et droit interne, FF 2010 2067.

¹⁵⁹ Sur la question territoriale, cf. également Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action (n. 8), p.6.

droits de l'homme internationalement reconnus est aux normes environnementales internationales.

Il appartiendra au législateur de s'assurer que les règles édictées en vertu de la disposition constitutionnelle soient conformes au droit international, y compris le droit international conventionnel (et notamment les accords de libre-échange existants). Les solutions suivantes peuvent toutefois être proposées :

Au niveau européen, il y a lieu de considérer en premier lieu la compatibilité de l'initiative avec les accords de libre-échange et sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne. Si, et dans quelle mesure, la Suisse limiterait la libre circulation des marchandises ou des services dépend des mesures concrètes qui seront adoptées. Dans le cas d'une entrave effective, les deux accords prévoient certaines exceptions qui sont justifiées notamment par des raisons impérieuses liées à un intérêt général (cf. art. 22 al. 4 Annexe I ALCP et art. 21 et 22 ALE). La question de savoir si les entraves à ces libertés sont proportionnelles au but visé dépend de la mesure en question. Une procédure préventive de contrôle ou d'annonce est généralement une entrave plus importante à la liberté concernée qu'une mesure réparatrice qui se limite à réparer une violation effective. Si, après avoir soigneusement évalué les options possibles, le législateur pense qu'une mesure contreviendrait aux accords cités, il lui restera, en dernier ressort, la possibilité de prévoir des exceptions pour les pays de l'Union européenne ou de l'AELE (comme cela est le cas pour la procédure de contrôle et d'autorisation des prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, art. 3 LPSP)¹⁶⁰.

Au niveau multilatéral, des questions similaires doivent être adressées au regard de l'Accord instituant l'OMC. Afin de transposer de manière aussi complète que possible la disposition constitutionnelle, le législateur devra considérer les exceptions aux règles de libre-échange qui sont prévues par cet Accord et qui ont pour but la protection de l'environnement et le respect de droits humains (cf. p.ex. art. XX GATT). Ces exceptions comprennent notamment le respect des Conventions fondamentales de l'OIT¹⁶¹.

4.2 En droit constitutionnel

Les initiatives constitutionnelles doivent être formulées de manière à éviter autant que possible des contradictions entre les dispositions constitutionnelles. Cela vaut pour toutes les questions constitutionnelles concernées par l'initiative¹⁶². L'initiative populaire tient également pleinement compte de ce principe.

4.2.1 Initiative pour la mise en œuvre du devoir de protéger incombant à l'État

Conformément à l'art. 35 al. 3 Cst., les autorités suisses doivent veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Cette disposition ancre le devoir de protéger les droits

¹⁶⁰ Cf. Message du Conseil fédéral concernant la LPSP (n.48), FF 2013 1608-1609.

¹⁶¹ Cf. entre autres EVA BELSER, *The White Man's Burden – Arbeit und Menschenrechte in der globalisierten Welt*, Bern 2007, p.315 et p.394 ss. (414 ss.).

¹⁶² Voir ATF 139 I 16, C. 4.2.2 et les références citées.

fondamentaux incombant à l'État dont s'inspire l'initiative (cf. ch. 2.2.1 et ch. 3.2.3.2 *supra*).

En ce qui concerne les affaires étrangères, l'art. 54 Cst. est également essentiel pour ce devoir de protéger. L'alinéa 2 de cette disposition énumère les principaux buts que la Confédération doit poursuivre dans ses affaires étrangères. Ces buts comprennent notamment l'indépendance et la prospérité de la Suisse, le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles. L'initiative contribue, également au travers des activités à l'étranger des entreprises établies en Suisse, au respect du droit international et en particulier des droits de l'homme et à la protection de l'environnement¹⁶³. Du reste, elle prend en compte d'autres buts de politique extérieure (cf. ch. 4.2.2 let. C *infra*).

4.2.2 Autres relations avec le droit constitutionnel – en particulier le principe de proportionnalité

Dans le contexte présenté dans ce rapport, il y a lieu de considérer que non seulement les personnes physiques affectées, mais également les entreprises sont porteuses de droits fondamentaux. Les entreprises peuvent notamment prétendre à leur liberté économique telle qu'elle est ancrée dans la Constitution (cf. art. 27, 94 et 101 Cst.)¹⁶⁴. La Suisse a donc le devoir de peser les intérêts en présence, à savoir les biens juridiques des personnes concernées et ceux des entreprises (cf. ch. 3.2.3.2 let. B *supra*). Dans cette tâche, il est nécessaire d'assurer que les règles édictées en vue de protéger les droits humains et l'environnement n'entravent pas les droits fondamentaux des entreprises de manière non proportionnée (conformément au principe de proportionnalité prévu à l'art. 5 al. 2 Cst. et 36 al. 2 et 3 Cst.)¹⁶⁵.

Le principe de proportionnalité signifie qu'une mesure étatique soit apte et nécessaire à atteindre le but visé. Par ailleurs, il doit exister un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur les droits fondamentaux susceptibles d'être atteints et le résultat escompté¹⁶⁶.

Il appartiendra au législateur d'adopter des mesures proportionnées. À cet égard, les initiates et initiants se contentent de présenter les éléments suivants :

¹⁶³ Cf CSDH, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie (n.33), p.20 s. Pour un exemple, Message du Conseil fédéral concernant la LPSP (n.48), FF 2013 1607-1608. De manière similaire, voir le Préambule de la Déclaration sur l'investissement international et les entreprises multinationales qui est annexée aux Principes directeurs de l'OCDE selon laquelle la coopération internationale peut améliorer le climat des investissements étrangers, favoriser la contribution positive que les entreprises multinationales peuvent apporter au progrès économique, social et environnemental, et permettre de réduire au minimum et de résoudre les difficultés qui peuvent résulter de leurs opérations.

¹⁶⁴ Pour les questions de politiques économiques extérieures, voir parmi d'autres GEISSER (n.28), N. 485. Le droit à l'égalité (art. 8 al. 1 Cst.) entre les entreprises actives uniquement en Suisse et celles également à l'étranger est garanti, car la disposition constitutionnelle s'applique tant aux unes qu'aux autres (cf. ch. 3.2.2.2 let. B *supra*).

¹⁶⁵ Cf. entre autres CSDH, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie, (n.33), p.21.

¹⁶⁶ Cf. parmi d'autres ATF 126 I 112, C. 5b.

(A) Caractère raisonnable –La question de l’atteinte aux biens juridiques

Une mesure étatique est raisonnable s’il existe un rapport raisonnable entre le résultat escompté et les effets sur les droits de l’entreprise.

La question qui se pose est alors de déterminer la valeur des biens juridiques en présence. L’initiative populaire a pour but la protection des droits de l’homme internationalement reconnus et le respect des normes environnementales internationales. Ces biens juridiques ont une valeur particulière. En règle générale, ils primeront sur les biens juridiques qu’une entreprise pourrait revendiquer. Le législateur et les autorités chargées de l’application de la loi devront prendre en compte l’importance des biens juridiques dans l’élaboration et l’interprétation des règles adoptées en vertu de l’initiative. Cela ne signifie pas que l’État ne devra pas peser les intérêts en présence (cf. ch. 3.2.3.2 let. B *supra*). Il sera également nécessaire de différencier et d’établir une hiérarchie au sein des droits de l’homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales. Comme déjà évoqué, l’intégrité corporelle et la protection de la vie forment le noyau dur des droits de l’homme. Des mesures plus strictes pour les entreprises se justifient lorsque ces biens juridiques sont affectés que lorsqu’il s’agit de protéger des biens d’un rang inférieur.

Ce premier élément d’interprétation conforme au principe de proportionnalité est indissociable de la question de l’aptitude et de la nécessité d’une mesure à atteindre le but visé.

(B) Aptitude et nécessité de la mesure pour atteindre le but visé

La mesure concrète à adopter doit ensuite être *apte* à atteindre le but visé (aptitude). Elle doit aussi être nécessaire à atteindre ce but (nécessité). Ce principe exige qu’entre plusieurs moyens adaptés, celui qui porte l’atteinte la *moins* grave aux intérêts privés soit choisi. Si ces principes sont respectés en pratique dépend de la mesure en question.

Tout d’abord, les initiatives et initiateurs ne favorisent *aucune interdiction générale* d’exercer une activité économique extérieure. Le risque d’une atteinte disproportionnée à la liberté économique est ainsi évité.

Dans le cadre de la proportionnalité, ils recommandent plutôt de prendre en compte le principe suivant : *plus le risque d’atteinte à un bien juridique de valeur élevée est concret, plus des règles strictes se justifient pour les entreprises*. Lorsque des risques d’atteintes à l’intégrité corporelle et à la vie sont très élevés, comme dans le cas de prestations de sécurité privée, un contrôle préventif de l’activité économique semble nécessaire. Il peut tout autant être nécessaire de prévoir des sanctions non seulement en droit privé, mais également administrative et pénale en cas de violations. C’est la voie suivie par le Parlement dans la *Loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l’étranger* (cf. ch. 2.2.3.2 let. C *supra*)¹⁶⁷. Il appartiendra au législateur d’évaluer d’autres secteurs sensibles dans lesquelles les risques en matière de droits de l’homme et d’environnement sont élevés. À cet égard, le secteur des matières premières est un exemple.

Lorsque le risque concret est moins important ou lorsque ce risque porte sur un bien juridique de valeur moins élevée, des mesures qui portent moins atteintes aux intérêts privés de l’entreprise pourront être prises et devraient suffire à protéger les droits de l’homme et l’environnement. Le minimum exigé dans ce cas par l’initiative est *l’introduction d’un devoir de diligence raisonnable* couplé d’une mise en œuvre effective.

¹⁶⁷ Cf. Message du Conseil fédéral concernant la LPSP (n.48), FF 2013 1587, pour l’appréciation des mesures retenues.

Cette mesure n'entrave pas la liberté économique de manière disproportionnée. En effet, elle se limite à prévoir la sanction des *violations effectives* sans réglementer pour le reste une activité économique comme en introduisant par exemple une procédure administrative de contrôle.

(C) Autres intérêts à prendre en compte

Des règles aptes et nécessaires à la protection des droits de l'homme et de l'environnement pour les entreprises établies en Suisse concernant leurs activités à l'étranger ne contreviennent pas aux investissements et à la croissance économique en Suisse ou dans le pays d'accueil. Il a déjà été démontré que la Suisse en tant que *pôle économique* peut pâtir d'un dommage à sa réputation lorsque des entreprises transnationales établies en Suisse ne respectent pas les standards internationaux. En ancrant le principe internationalement reconnu de responsabilité des entreprises dans sa Constitution, la Suisse n'affaiblit pas sa place économique, elle la renforce au contraire. Les entreprises jouiront d'une sécurité juridique dans les relations commerciales internationales grâce à un cadre légal prévisible¹⁶⁸. Ce cadre représente le socle minimum pour la mise en œuvre du standard internationalement reconnu qui s'applique tant en Suisse que dans les pays d'accueil¹⁶⁹.

De plus, les risques de réputation peuvent se répercuter de façon négative sur la situation financière des entreprises concernées (p. ex. en termes de chiffre d'affaires ou de valeur boursière). Bien qu'il soit difficile d'estimer concrètement les coûts que cela peut représenter, ceux-ci seront en règle générale bien plus importants que ceux engendrés par l'introduction d'un devoir de diligence et de transparence, selon BYIERS/BESSEMS¹⁷⁰.

Pour ce qui est des États d'accueil, la littérature majoritaire s'éloigne toujours davantage de la théorie selon laquelle les investissements économiques dans les États avec des déficits notoires en matière de droits humains améliorent nécessairement leur situation économique et sociale¹⁷¹. En réalité, les intérêts de politique économique extérieure et une mise en œuvre conséquente des standards internationaux en matière de droits humains et d'environnement, loin de s'opposer, se complètent et se renforcent mutuellement. La disposition constitutionnelle est donc entièrement apte à réaliser les buts attribués à la Confédération dans ses affaires étrangères. Sous cet angle, le principe de proportionnalité est donc également respecté.

Certaines critiques adressées à l'initiative remettent en question la *nécessité* de la disposition constitutionnelle. Ces critiques manquent leur cible :

¹⁶⁸ AJP 8/2017, S. 978 ff., GEISSER (n.28), S. 962, PIETH (n.26), BUENO (n.83), ENNEKING (n. 35) passim.

¹⁶⁹ Cf. Principes directeurs de l'OCDE (n.1), Préface, §1. Voir aussi Conseil fédéral, Rapport de droit comparé (n. 2), p.12 ; Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises: Position et plan d'action (n. 8), p.12 s.

¹⁷⁰ Cf. BRUCE BYIERS/JUSTIN BESSEMS, Costs if you do, costs if you don't – Promoting responsible business & reporting – challenges for policy makers, ECDM-Disussion Paper No. 176, Mai 2015, Étude mandatée par la DDC, http://ecdpm.org/wp-content/uploads/DP176_Costs-If-You-Do-May-2015-Final-ECDPM.pdf, passim, notamment, résumé, xi.

¹⁷¹ Dans le contexte particulier de l'économie et des droits humains, voir p.ex. : WILLIAM H. MEYER, Human Rights and MNCs: theory versus quantitative analysis, HRQ 18 (1996), 368 ss. (présentant de manière critique la théorie du « trickle down »). Cf. plus récemment et de manière générale : OLIVIER DE SCHUTTER, JOHAN SWINNEN et JAN WOUTERS (éds.), Foreign Direct Investment and Human Development (Routledge 2013).

L'initiative ne consiste pas à ordonner des mesures unilatérales et contraignantes. Elle poursuit un but plus large. Pour reprendre les termes des Principes directeurs des Nations Unies, la Confédération doit adopter « un assortiment judicieux » de mesures contraignantes et volontaires, nationales et internationales en considérant l'ensemble de moyens efficaces pour atteindre le but énoncé de l'initiative (cf. al. 1 de la disposition constitutionnelle, et ch. 3.1.1 *supra*). Du reste, ces Principes directeurs présentent clairement que des mécanismes contraignants de mise en œuvre sont indispensables à tout devoir effectif de protéger et que des mesures volontaires peuvent les compléter sans toutefois les remplacer¹⁷².

La disposition constitutionnelle exige, comme socle minimum, l'introduction d'un devoir de diligence raisonnable pour les entreprises. En introduisant ce devoir, la Suisse se conforme aux recommandations internationales (cf. ch. 2.2.1 *supra*) à l'image d'autres États.

L'initiative constitutionnelle enjoint enfin expressément le législateur de tenir compte des intérêts des petites et moyennes entreprises qui ne présentent des risques s'agissant des droits humains et de l'environnement que dans une moindre mesure. L'initiative respecte donc également à cet égard le principe de proportionnalité (cf. ch. 3.2.4.1 let. F *supra*).

4.3 Au niveau de la loi

Cette section ne porte pas sur la relation entre la disposition constitutionnelle proposée et le droit constitutionnel, mais sur sa relation à l'échelon de la loi. Elle porte en particulier sur la loi ou les règles d'application qui seront édictées en vertu de la disposition constitutionnelle. La formulation de ces règles doit également éviter les contradictions avec l'ordre juridique, ce qui sera la tâche du législateur. Les éléments suivants peuvent néanmoins être relevés.

4.3.1 Mise en œuvre en droit fédéral

D'un point de vue formel, le législateur peut poursuivre deux variantes pour transposer l'initiative constitutionnelle en droit fédéral. Il peut régler l'entier de la matière dans une loi d'application spéciale ou transposer l'initiative dans plusieurs lois pertinentes existantes. Des formes mixtes sont également envisageables (p. ex. en réglementant le principe dans une loi spéciale et des dispositions spécifiques dans les lois existantes. Il appartient au législateur d'en décider.

Ce qui importe dans tous les cas est la cohérence matérielle des mesures prévues¹⁷³. La disposition constitutionnelle donne un mandat transversal à la Confédération de régler la matière dans l'ensemble de l'ordre juridique et de manière cohérente entre les domaines du droit (cf. ch. 3.1.1 *supra*). Dans cette tâche, le législateur pourra être guidé par les éléments suivants :

Le droit *pénal*, *administratif* et *civil* ne sont pas isolés les uns des autres. Au contraire, ils forment une unité au sein de l'ordre juridique. Dans le contexte présenté, il y a lieu de nommer quelques liens entre ces domaines. Par exemple, une personne lésée peut

¹⁷² Cf. Principes directeurs des Nations Unies (n. 3), Principes 26-29 et commentaires ; Principes directeurs de l'OCDE (n.1), IV §46.

¹⁷³ AJP S.963 ff., GEISSER (n.28).

demander la réparation de son dommage au civil dans une procédure pénale, dans le cadre d'une procédure d'*adhésion*. En procédure civile, des normes de droit public comme les normes impératives en droit international privé trouvent aussi à s'appliquer dans la mesure où elles tendent à protéger des biens juridiques fondamentaux (p. ex. les restrictions à l'exportation d'armes selon la loi sur le matériel de guerre)¹⁷⁴. Il y a lieu de nommer enfin les délais de *prescription* plus longs du droit pénal qui s'appliquent aux prétentions civiles selon l'art. 60 al. 2 CO¹⁷⁵. Il appartient au législateur de formuler les mesures prévues dans des différents domaines du droit de manière cohérente afin de renforcer la protection des droits humains et de l'environnement dans l'ensemble de l'ordre juridique.

Les initiates et initiants sont conscients à cet égard qu'en droit suisse de l'environnement, notamment, les mesures et mécanismes de mise en œuvre sont déjà dispersées dans différents domaines juridiques. Les possibilités et les limites de ces instruments devront être évaluées de manière minutieuse. Ces derniers devront être coordonnés afin d'être adaptés à un contexte international.

Ces indications montrent qu'en plus de coordonner la matière dans les différents domaines juridiques de manière cohérente, le législateur devra également éclairer la relation entre les nouvelles mesures et le droit *existant*.

4.3.2 Les mesures à adopter et le droit positif

Cette section présente ce que règle la disposition constitutionnelle et ce qu'elle ne règle pas. Le mandat général est le suivant : « La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement ».

Ce mandat implique deux choses. D'une part, la Confédération doit considérer un *ensemble de mesures* afin que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement. Elle doit ainsi examiner l'ensemble du droit positif afin d'y identifier les lacunes de protection. D'autre part, elle ne doit pas faire reculer le droit existant lorsqu'il prévoit déjà certaines normes de protection. Par exemple, la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, mentionnée à de nombreuses reprises, ne devra pas être affectée par la disposition constitutionnelle. Ce sera également le cas de l'ordonnance sur les marchés publics (et notamment l'art. 7 al. 2 qui prévoit que « si la prestation est exécutée à l'étranger, le soumissionnaire respecte au moins les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail mentionnées à l'annexe 2a »).

Ce principe s'applique au domaine du droit privé, déjà largement abordé. Il est toutefois utile de rappeler que dans ce domaine le *droit des sociétés*, le *droit du travail* et le *droit de la responsabilité délictuelle* sont en première ligne (cf. ch. 2.2.3.3 let. B *supra*). Cette liste n'est toutefois pas exhaustive. Il restera à déterminer la compatibilité de chaque domaine du droit privé qui peut concerner les droits humains ou l'environnement conformément à l'art. 101a P-Cst¹⁷⁶.

En droit de la responsabilité délictuelle, le principe de la responsabilité inscrit à l'alinéa 2 de la disposition constitutionnelle concrétise en première ligne la responsabilité pour faute sur le modèle de l'art. 41 CO. Ce principe de responsabilité, qui doit être interprété comme une norme impérative du droit suisse (d'application immédiate), règle notamment les

¹⁷⁴ Cf. GEISSER (n.28), N. 518 ss et N. 658.

¹⁷⁵ Cf. pour une affaire dans le présent contexte ATF 132 III 661 ss. (« GIRCA v. IBM »).

¹⁷⁶ Pour une vue d'ensemble de tous les domaines du droit, voir notamment CSDH, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie (n.33).

conditions de l'illicéité et de la faute ; deux conditions existantes de la responsabilité délictuelle¹⁷⁷. L'art. 101a P-Cst prévoit par ailleurs une responsabilité pour les entreprises contrôlées sur le modèle de la responsabilité de l'employeur (*Geschäftsherrenhaftung*) de l'article 55 CO (cf. ch. 3.2.5 *supra*). Les dispositions existantes du droit de la responsabilité qui tendent déjà à protéger les droits humains et l'environnement ne devront toutefois pas être affectées par la loi d'application.

Au niveau du droit international privé, l'initiative constitutionnelle ne remet pas en cause les règles avantageuses pour les personnes lésées, par exemple, en cas d'immissions dommageables, d'atteintes à la personnalité ou d'un dommage du fait d'un produit (cf. art. 135, art. 138 et 139 LDIP). La disposition constitutionnelle n'affecte pas non plus la clause d'ordre public (art. 17 LDIP). Celle-ci conserve son importance centrale de corriger le droit étranger incompatible avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique suisse dans les domaines qui ne seront pas réglés par la loi d'application¹⁷⁸.

Sur le plan du droit matériel, les responsabilités objectives particulières qui existent en Suisse ne devront pas non plus être affectées. C'est le cas notamment de la responsabilité pour mise en danger qui n'exige aucune faute et en conséquence aucune violation d'un devoir de diligence (à laquelle est soumise par exemple le détenteur d'une entreprise qui présente un danger particulier pour l'environnement en vertu de l'art. 59a de la loi sur la protection de l'environnement)¹⁷⁹. Cela vaut également pour des standards étrangers qui garantissent une protection particulière, dans la mesure où le droit international privé prévoit leur application¹⁸⁰.

Pour éviter de surcharger le texte, les initiates et initiants ont renoncé à inscrire des principes explicites en matière de droit procédural. En droit de la procédure civile, par exemple, ils sont toutefois conscients des nombreux obstacles empêchant les victimes de violations des droits humains de recourir aux tribunaux suisses. Au-delà de la difficulté d'apporter les preuves, qui parfois sont détenues par les entreprises, il y a lieu de mentionner le coût élevé des procédures en Suisse en comparaison internationale. Par ailleurs, en Suisse, les personnes lésées ne peuvent pas poursuivre les différentes entités d'un groupe lorsque certaines entités sont établies à l'étranger, contrairement à d'autres pays¹⁸¹. Dans ce cas, la Suisse n'offre aucune compétence judiciaire internationale¹⁸². Pour combler ces lacunes, le législateur sera tenu de considérer également ces aspects

¹⁷⁷ Cf. ch. 3.2.1 *supra*. Les autres conditions de la responsabilité que sont le dommage, la relation de causalité et l'étendue des dommages-intérêts restent à déterminer selon les règles du droit international privé. À cet égard, la clause d'ordre public de l'art. 17 LDIP revêt une importance particulière lorsque l'application du droit étranger conduit dans un cas d'espèce à un résultat incompatible avec les droits de l'homme.

¹⁷⁸ Cf. ch. 3.2.2.2 let. C *supra*. Sur la problématique de l'insécurité juridique et de l'application très restrictive de cette clause, et le besoin d'assurer la sécurité juridique en vue de renforcer la protection internationale des droits de l'homme qu'apporte l'initiative constitutionnelle.

¹⁷⁹ Pour la relation entre les règles de responsabilité du CO et ce genre de règles spéciales, REY (n.35), N. 1247.

¹⁸⁰ Afin d'assurer leur priorité, les règles d'application concernant la responsabilité pourraient être formulées comme suit : « La responsabilité établie conformément à cette loi n'affecte pas la possibilité pour les personnes lésées de poursuivre l'entreprise en vertu d'autres formes de responsabilités causales ou de mise en danger existantes dans le droit auquel réfère la LDIP. »

¹⁸¹ P.ex lorsqu'une filiale a son siège dans un État qui n'est pas lié par la Convention de Lugano.

¹⁸² Pour le détail, cf. GEISSER (n.28), N. 321 s., 335 s. et 420 ss.

procéduraux, à la lumière des Principes directeurs des Nations Unies¹⁸³ lors de la formulation des mesures à prendre sur la base de l'art. 101a al. 1 P-Cst.

¹⁸³ Principes directeurs des Nations Unies (n.3), Principe 26 commentaire.

Annexe I

Schéma des états de faits et de leur conséquences légales en fonction de l'initiative constitutionnelle¹⁸⁴.

<p>(1) Dommage causé par les activités propres de l'entreprise suisse</p>	<p>(1.1) L'entreprise suisse est l'auteur <i>principal</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Droit international: Principe directeurs des Nations Unies („cause“) - Droit national: Art. 41 CO entre autres - Initiative: al. 2 let. a et b (introduction d'un devoir de diligence raisonnable qui concrétise l'illicéité et la faute) - Conséquences légales: <ul style="list-style-type: none"> o Devoir de diligence et de transparence en droit des sociétés o <u>Avec</u> conséquences sur la responsabilité délictuelle si les conditions sont remplies o Décharge PME : oui (exception pour les secteurs à risque) - Exemple: Une entreprise suisse produit des T-shirts dans son <i>propre</i> site de production (établissement secondaire) à l'étranger dans des conditions qui ne respectent pas les standards minimaux de l'OIT.
	<p>(1.2) L'entreprise suisse est l'auteur <i>secondaire</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Droit international: Principes directeurs des Nations Unies (“contribute to“) - Droit national: art. 41 CO au sens d'une instigation ou de la complicité à l'acte illicite. - Initiative: al. 2 let. a et b (introduction d'un devoir de diligence raisonnable qui concrétise l'illicéité et la faute) - Conséquences légales : <ul style="list-style-type: none"> o Devoir de diligence et de transparence en droit des sociétés o <u>Avec</u> conséquences sur la responsabilité délictuelle si les conditions sont remplies o Décharge PME : oui (exception pour les secteurs à risque) - Exemple: <ul style="list-style-type: none"> o Instigation: Une entreprise suisse commande des T-shirts à une entreprise étrangère; l'entreprise suisse modifie en

¹⁸⁴ Cf. en général, 3.2.4.2 let. C et 3.2.5 *supra*.

		<p>dernière minute par manque de diligence les quantités de production sans adapter les délais de livraison, ce qui conduit le fournisseur à produire en ne respectant pas les standards minimaux de l'OIT.</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Complicité: l'entreprise suisse équipe une entreprise ou des acteurs étrangers avec du matériel dont il aurait été prévisible qu'il allait être utilisé pour causer des dommages à l'intégrité physique et corporelle en violation des droits de l'homme.
<p>(2) Dommage causé par l'activité d'une autre entreprise/acteur</p> <p>+ L'entreprise suisse a une relation d'affaires avec celle-ci</p>	<p>(2.1) L'entreprise suisse contrôle l'entreprise qui est l'auteur direct du dommage et le dommage résulte dans l'accomplissement de son activité pour l'entreprise suisse.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Droit international: Dispositions selon lesquelles les États doivent créer le cadre législatif nécessaire de manière à ce que les responsabilités soient réparties équitablement au sein du groupe (entre autres, Principes directeurs des Nations Unies, troisième pilier); il appartient aux États de concrétiser ce concept; met l'accent sur l'introduction de „parent company or group liability regimes“¹⁸⁵. - Droit national: entre autres, art. 55 CO (en s'appuyant sur la responsabilité du chef d'entreprise) - Initiative: al. 2 let. a, b et c introduction d'un devoir de diligence raisonnable qui concrétise l'illicéité et la faute) - Conséquences légales: <ul style="list-style-type: none"> ○ Devoir de diligence et de transparence en droit des sociétés ○ <u>Avec</u> conséquences sur la responsabilité délictuelle si les conditions sont remplies (entre autre absence de preuve libératoire) ○ Décharge PME: oui (exception pour les secteurs à risque) - Exemple: Une entreprise suisse fait produire des T-shirts dans une entreprise qu'elle contrôle à l'étranger. L'entreprise contrôlée produit en ne respectant pas les standards minimaux de l'OIT et l'entreprise suisse a manqué à son devoir de

¹⁸⁵ Pour une justification plus détaillée, cf. ch. 3.2.5 Let. A.

		surveiller l'entreprise étrangère qu'elle contrôle
(2.2) Il n'existe pas de relation de contrôle, mais le dommage est directement lié à l'activité, produits ou services de l'entreprise suisse		<ul style="list-style-type: none"> - Droit international: entre autres Principes directeurs des Nations Unies (“directly linked to”) - Initiative: al. 2 let. b (introduction d'un devoir de diligence raisonnable) <ul style="list-style-type: none"> o Conséquences légales: Devoir de diligence et de transparence en droit des sociétés, <u>mais sans conséquences sur la responsabilité délictuelle.</u> o Décharge PME : oui (exception pour les secteurs à risque) - Exemple : Une entreprise suisse commande des T-Shirts à une entreprise étrangère qui produit dans des conditions ne respectant pas les standards minimaux de l'OIT. L'entreprise suisse ne donne toutefois aucune instruction (au contraire de la constellation 1.2) et ne contrôle pas l'entreprise qui cause le dommage (au contraire de la constellation 2.1)
(2.3) Il n'existe aucune relation définie antérieurement		<ul style="list-style-type: none"> - N'est inclus ni par le cadre international ni par l'initiative. - Aucune conséquence juridique - Exemple : Une entreprise suisse commande des T-shirts à une entreprise étrangère. L'entreprise étrangère produit des sous-vêtements pour une autre entreprise dans des conditions qui ne respectent pas les standards minimaux de l'OIT.