
Droits humains sans frontières

Comment identifier les « droits de l'homme internationalement reconnus » et pertinents pour les entreprises ?

EVELYNE SCHMID, Professeure de droit international public, Université de Lausanne

CONSTANCE KAEMPFER, Doctorante dans le cadre d'un projet FNS codirigé par Evelyne Schmid et Martino Maggetti*

Table des matières

I. Introduction.....	627
II. Les « droits humains internationalement reconnus » et les entreprises	629
A. Les normes de <i>ius cogens</i> ou les normes qui lient directement des acteurs non étatiques ?.....	630
B. Seulement des normes issues de traités ratifiés par la Suisse ?	631
C. Pas toutes les normes sont déterminantes pour les entreprises	633
III. Conclusion	633
IV. Bibliographie.....	635

I. Introduction

De ses études à l'Université de Fribourg, la seconde auteure de cette contribution retiendra l'entrain avec lequel le professeur Werro expliquait comment se faire indemniser si une assiette de crevettes pas assez fraîche venait gâcher une belle croisière organisée, grâce à l'influence de la jurisprudence européenne. Mais ce n'est pas tout. Le cours dispensé par l'intéressé lui a également permis de comprendre le système selon lequel la personne qui tire un profit économique d'une situation en raison d'un lien de subordination peut être tenue responsable du dommage causé par ses subordonné·e·s. Quelques années plus tard, au moment de voter sur l'initiative « Entreprises

* Les auteures remercient le professeur Damiano Canapa et la docteure Elena Cima pour des commentaires constructifs.

responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », il lui a dès lors paru logique qu'une entreprise qui tire profit d'un travail effectué par des entreprises contrôlées à l'étranger puisse potentiellement être tenue responsable des dommages engendrés par cette activité si l'entreprise n'a pas fait preuve de diligence. Quant à l'autre auteure, qui enseigne le droit international à l'Université de Lausanne, elle constate avec satisfaction que le débat sur les entreprises et leurs responsabilités en matière de droits humains et de l'environnement n'est aujourd'hui heureusement plus le « domaine réservé » de ceux et celles qui travaillent en droit international. La recherche de solutions convaincantes à la question de savoir comment réglementer la conduite des entreprises en matière de droits humains et celle de savoir quand et sous quelles conditions une responsabilité civile devrait ou pourrait exister en droit suisse pour des violations de droits humains commises par des entreprises a besoin de juristes polyvalents. Analyser les instruments internationaux, c'est une chose, mais il faut surtout des chercheurs en droit privé, qui, comme Franz Werro, enrichissent le débat du point de vue de la responsabilité civile et qui aident à construire des passerelles entre les instruments internationaux et des options législatives concrètes en droit suisse et leur contextualisation en droit comparé¹.

L'initiative « Entreprises responsables » a échoué le 29 novembre 2020 sur l'écueil de la double majorité². Si elle avait été acceptée, elle aurait obligé la Confédération à légiférer pour que les entreprises suisses respectent « les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales ». Malgré ce rejet, le débat relatif à la responsabilité des entreprises suisses pour leurs activités à l'étranger est loin d'être clos. Au contraire, la tendance internationale évolue vers une reconnaissance plus étendue des devoirs de diligence contraignants³. La Suisse – qui accueille de nombreuses entreprises internationales – a récemment introduit, à travers un contre-projet indirect, quelques règles de transparence pour certaines grandes entreprises et un devoir de diligence dans le secteur des minerais et métaux provenant de zones de conflit et dans les cas de soupçon de recours au travail des enfants⁴. Ce nouveau cadre réglementaire est limité et sa portée [risque d'être] davantage réduite par l'ordonnance de mise en œuvre⁵. En vue des

¹ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative, *passim*; WERRO, The Swiss Responsible Business Initiative, *passim*.

² FF 2021 891.

³ Pour un aperçu, CANAPA/SCHMID/CIMA, Perspectives, *passim*.

⁴ FF 2021 890.

⁵ *Ibid.*

développements internationaux, il est probable que le législateur n'ait pas dit son dernier mot⁶.

Le débat en cours en Suisse a soulevé plusieurs questions de droit international. En particulier, il a été question de savoir quels sont « les droits de l'homme internationalement reconnus », que le législateur suisse pourrait demander aux entreprises de respecter au-delà de nos frontières. Les devoirs de diligence sont actuellement limités au secteur de certains minerais et métaux et au travail des enfants. Les devoirs ne couvrent pas d'autres normes de protection des droits humains⁷. Si le législateur suisse décide, à l'avenir, d'étendre les devoirs de diligence, il pourrait à nouveau se demander s'il souhaite se référer aux « droits de l'homme internationalement reconnus » – notion qui figure au principe directeur n° 12 de l'ONU et au principe général n° 2 de l'OCDE⁸. Quels sont alors ces « droits sans frontières », comment une entreprise peut-elle les identifier en pratique et est-ce qu'il s'agit d'un terme auquel le législateur peut recourir sans insérer trop d'incertitudes ?

II. Les « droits humains internationalement reconnus » et les entreprises

Comme l'indique le commentaire des Principes directeurs de l'OCDE, « [l]es entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement tous les droits de l'homme reconnus internationalement. Dans la pratique, certains droits de l'homme peuvent être plus vulnérables que d'autres dans certains secteurs ou contextes, et feront donc l'objet d'une attention plus soutenue. Toutefois, les situations peuvent changer ; par conséquent, tous les droits doivent être périodiquement examinés »⁹.

Comme le constate le Conseil fédéral, les normes internationalement reconnues sont notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH)¹⁰ et les deux Pactes onusiens – le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I de l'ONU) et le Pacte inter-

⁶ CANAPA/SCHMID/CIMA, Perspectives, *passim*; WEBER, Sorgfaltspflichten, p. 10.

⁷ Art. 964k nCO, FF 2021 890.

⁸ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, A/HRC/17/31 https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf; Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, éd. OCDE 2011, <https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>.

⁹ Principes directeurs de l'OCDE, Ch. IV, Commentaire § 37-38.

¹⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations unies, A/RES/217 A (III).

national relatif aux droits civils et politiques (Pacte II de l'ONU)¹¹. Ces trois instruments sont les textes les plus fondamentaux en matière de protection des droits humains, à tel point qu'il y est parfois fait référence sous l'expression de « Charte internationale des droits de l'homme » (*International Bill of Rights*). Les huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail sont également d'une importance particulière étant donné qu'elles concernent le domaine de l'emploi¹². Les Principes directeurs de l'ONU ainsi que les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales renvoient également à l'ensemble de ces normes¹³, dont le contenu normatif fait largement partie du droit international coutumier.

Dans cette contribution, nous montrerons que le législateur pourrait choisir de se référer au terme « droits de l'homme internationalement reconnus » sans risquer de créer une incertitude juridique. Pour éviter certaines critiques, il pourrait d'ailleurs préciser qu'il entend demander aux entreprises de tenir compte des deux Pactes de l'ONU et des huit conventions fondamentales de l'OIT puisque ces textes constituent à notre avis une base analytique suffisante pour permettre à une entreprise d'identifier les risques de ses activités. Quoiqu'il en soit, les normes de ces textes, dont le plus récent date de 1999, doivent être interprétées pour le contexte spécifique dans lequel se déroule une activité de l'entreprise en tenant compte des risques concrets, p. ex. à l'aide des guides existants qui facilitent ce travail. Nous y reviendrons.

Avant de parvenir à ces conclusions, nous devons discuter la relation entre « les droits de l'homme internationalement reconnus » et les normes de *ius cogens* ou celles qui lient directement les entreprises (A), nous devons vérifier si une norme doit être juridiquement contraignante à l'égard de la Suisse (B) et nous pencher sur la question de savoir si tous les droits peuvent être pertinents pour les entreprises (C).

A. Les normes de *ius cogens* ou les normes qui lient directement des acteurs non étatiques ?

Premièrement, il convient de déterminer si les normes pertinentes pour les entreprises sont les normes de *ius cogens* ou celles qui lient directe-

¹¹ FF 2017 5999, 6020s. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I, RS 0.103.1) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2).

¹² Pour une liste : FF 2017 5999, 6021.

¹³ Principes directeurs de l'ONU, Principe n° 12 ; Principes directeurs de l'OCDE, Ch. IV, Commentaire § 39.

ment les acteurs non étatiques. Les normes de *ius cogens* consistent en un nombre restreint de règles d'une importance fondamentale auxquelles les États ne sauraient déroger¹⁴. Il s'agit p. ex. de l'interdiction de la torture, de l'esclavage ou de l'apartheid. Les contours exacts de ces normes, qui ne se limitent pas à des règles relatives aux droits humains, sont difficiles à déterminer. Ces règles ne sont, en outre, pas toutes pertinentes pour les entreprises, comme p. ex. l'interdiction adressée aux États d'agresser un autre. Les normes de *ius cogens* en matière de droits humains font toutes partie des deux Pactes onusiens qui contiennent d'autres droits qui sont sans doute « internationalement reconnus » mais qui ne font pas partie du *ius cogens* (p. ex. le droit à la vie privée). Il n'est donc pas nécessaire de vérifier si une norme fait partie du *ius cogens* ou non pour savoir s'il s'agit d'un « droit de l'homme internationalement reconnu » ; les deux termes ne sont pas synonymes.

Les « droits internationalement reconnus » ne se limitent pas non plus aux normes qui s'adressent directement aux entreprises et leurs dirigeant-e-s. Si une entreprise conduit des activités dans un territoire où un conflit armé se déroule, l'entreprise peut être directement liée par le droit international humanitaire¹⁵, tandis que les normes de la protection des droits humains lient les États¹⁶. Les entreprises et les personnes qui les dirigent peuvent, en tout cas en principe, être poursuivies au pénal devant des tribunaux nationaux pour des crimes internationaux, comme des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre ou des crimes transnationaux réglés par le droit international¹⁷. Les « droits de l'homme internationalement reconnus » doivent aussi être distingués de ces normes qui lient les acteurs non étatiques.

B. Seulement des normes issues de traités ratifiés par la Suisse ?

Deuxièmement, il existe des traités qui contiennent des « droits internationalement reconnus » sans que ces traités ne soient ratifiés par la Suisse et il y a des standards « reconnus » dans des instruments de *soft law* qui ne sont – en soi – pas contraignants. Le message du Conseil fédéral sur

¹⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111), art. 53.

¹⁵ FF 2017 5999, 6021.

¹⁶ Étant donné que les États sont libres, voire encouragés, sinon obligés, d'exiger – dans leur droit interne – que les entreprises respectent les droits humains (SCHMID, Champ d'application), nous n'avons pas besoin de nous pencher sur l'applicabilité des normes internationales en tant que telles aux entreprises puisque celles-ci deviennent pertinentes pour les entreprises à travers l'opération du droit interne.

¹⁷ KALECK/SAAGE-MAASS, Corporate Accountability, *passim*.

l'initiative « Entreprises responsables » a évité la question de la pertinence éventuelle des normes issues de traités non ratifiés par la Suisse¹⁸.

Le terme « internationalement reconnu » fait référence au statut d'une norme sur le plan international et non pas en droit national. Pour identifier les normes conventionnelles et pertinentes pour les entreprises, nous interprétons le terme « internationalement reconnu » comme faisant allusion à un nombre important de ratifications et/ou au droit coutumier. Nous sommes de l'avis que « les droits internationalement reconnus » dans le contexte des entreprises sont contenus dans des normes de « droit dur » pour l'État en question, mais ceci ne signifie pas que d'autres normes sont sans pertinence. En ce qui concerne les normes de *soft law*, rien n'empêche de considérer qu'elles puissent également être pertinentes pour les entreprises même si elles ne sont pas – par elles-mêmes – juridiquement contraignantes. Au contraire, les documents de *soft law* sont en pratique les plus utiles pour une entreprise parce qu'ils reposent sur un travail déjà abouti de « traduction » des obligations qui concernent principalement les États dans le contexte particulier des entreprises¹⁹.

Le droit à la propriété mérite une remarque additionnelle pour trois raisons : 1) ce droit est notamment contenu dans un traité que la Suisse n'a pas ratifié²⁰ ; 2) l'article 17 de la DUDH le contient également mais n'est pas contraignant et une partie de la doctrine est hésitante quant au statut de droit coutumier de cet article ; et 3) les deux Pactes de l'ONU n'incluent pas le droit à la propriété en tant que tel. Partant, il semble plus prudent de considérer que l'article 1 du Protocole 1 à la CEDH, p. ex., n'est pas suffisamment « internationalement reconnu » au sens des normes pertinentes pour une entreprise²¹. Néanmoins, des incidences négatives sur le droit à la propriété font sans doute partie des abus aux « droits internationalement reconnus », si ces incidences se chevauchent avec des droits contenus dans les deux Pactes onusiens ou les huit Conventions fondamentales de l'OIT. Ceci peut être le cas si une atteinte à la propriété donne en même temps lieu à une atteinte à l'intégrité physique (protégée entre autres dans le Pacte ONU II), ou p. ex. au droit à l'alimentation contenu dans le Pacte ONU I.

¹⁸ FF 2017 5999, 6020.

¹⁹ V. le chapitre conclusif.

²⁰ Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Protocole 1), Paris, 20 mars 1952, STE n° 009 (entré en vigueur le 18 mai 1954), art. 1.

²¹ Le « 2nd revised draft » du traité en cours d'être négocié se limite d'ailleurs également aux normes contraignantes à l'égard de l'État en cause. Art. 3(3). Ce « 2nd revised draft » est accessible à l'adresse suivante : https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf.

C. Pas toutes les normes sont déterminantes pour les entreprises

Troisièmement, les normes de protection des droits humains ont été développées dans un contexte interétatique et les entreprises n'ont pas la charge de la situation globale des droits humains dans les pays dans lesquels se déroulent leurs activités. Le deuxième pilier des Principes directeurs de l'ONU dans son entier repose sur l'idée que les entreprises doivent « respecter » la protection des droits humains en s'abstenant de provoquer des dommages (donc essentiellement une norme de « *harm prevention* »). Pour les entreprises, la conséquence est que les normes internationales pertinentes pour l'exercice de la diligence raisonnable sont celles qui concernent les activités concrètes de l'entreprise et non pas, p. ex., des normes qui touchent à l'organisation du système judiciaire dans l'État dans lequel se déroulent les activités.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national a résumé la situation en 2018 : « [I]a concrétisation du devoir de diligence à la lumière des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme équivaut à une obligation de respecter ces dispositions : les sociétés doivent se distancier de toute activité ou comportement qui violerait les biens juridiques protégés par les droits humains en question, par exemple l'intégrité corporelle »²³. Le terme « respecter » signifie que l'entreprise n'a aucune obligation de s'engager pour une meilleure situation globale des droits humains à l'étranger en dehors de ce qui est lié à ses propres domaines d'activité. L'obligation générale de mettre en œuvre (ou promouvoir ou garantir) les droits humains incombe toujours aux États.

III. Conclusion

Dans cette contribution, nous avons interprété le terme « droits de l'homme internationalement reconnus ». Si le législateur suisse devait suivre la tendance internationale dans le domaine, il pourrait – comme dans le texte de l'initiative « Entreprises responsables » – choisir de se référer à ce terme. S'il le fait, il nous semble que l'entreprise qui tient compte de la totalité des droits dans les deux Pactes onusiens et les huit Conventions fondamentales de

²³ Rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du CN du 18 mai 2018 dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, Droit de la société anonyme, 16.077, 4.

l'OIT dispose de suffisamment d'informations pour identifier ses activités qui posent potentiellement un risque aux droits humains.

Pour l'exercice d'une diligence raisonnable, l'important est que les entreprises identifient les risques et prennent des mesures appropriées pour les éviter, les atténuer ou y remédier le cas échéant. Cet exercice peut se faire de façon raisonnable et sérieuse sur la base des deux Pactes de l'ONU et des huit Conventions de l'OIT. Il semble illusoire de demander à une entreprise de se pencher sur les nuances du statut normatif du droit à la propriété, par ex., ou de suivre tous les développements normatifs autour de tous les traités de protection des droits humains, régionaux et internationaux²². En tout cas, pour faciliter l'exercice de la diligence raisonnable, il existe des lignes directrices utiles, notamment le « Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises » avec des étapes, des questions thématiques et des indicateurs suggérés, ainsi que des standards déjà adaptés pour la diligence raisonnable dans plusieurs secteurs industriels²³. Si le législateur suisse décide un jour d'étendre les devoirs de diligence, une référence aux « droits de l'homme internationalement reconnus » constitue donc une option législative viable et suffisamment déterminée.

Ceci dit, nous resterons encore loin de l'idéal mentionné dans le Préambule de la DUDH en 1948, selon lequel « tous les organes de la société » s'efforcent de développer le respect des droits humains et d'assurer leur application effective²⁴. Comme résume Krista Nadakavukaren de façon éloquent, insérer un devoir de diligence plus étendu dans la loi suisse resterait modeste :

« As new laws around the world demonstrate, the obligations being placed on corporations are mainly those of transparency in the treatment of humans in global supply chains. Corporate social power, seen as the power to refuse to contract with those who commit fundamental violations of human dignity, is being channeled through reporting and, in some cases, investigations of risk mitigation techniques. [...] Legal obligations to investigate [companies'] business practices – whether for signs of slavery or child labor, for indications of foreign bribery, or for lax environmental controls – can make companies

²² D'autres traités contiennent également des « droits internationalement reconnus » mais précisent souvent les droits contenus dans les trois textes fondateurs de l'ONU et des huit conventions fondamentales de l'OIT. Pour une liste des traités ratifiés par la Suisse, cf. FF 2017 5999, 6020, n 47.

²³ Ces ressources peuvent toutes être consultées au lien suivant : <http://mneguidelines.oecd.org/duediligence>.

²⁴ DUDH, Préambule.

«law-abiding», not «responsible» in any deeper meaning of the word. [...] In looking to balance social responsibilities with social power, then, perhaps reducing the latter will be the next study to consider »²⁵.

IV. Bibliographie

- CANAPA DAMIANO/SCHMID EVELYNE/CIMA ELENA, « Entreprises responsables » : limitations et perspectives, *Revue de droit Suisse (RDS/ZSR)*, à paraître (cité : Perspectives)
- KALECK WOLFGANG/SAAGE-MAASS MIRIAM, *Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes: The Status Quo and its Challenges*, *Journal of International Criminal Justice* 8/3 699-724, 2010 (cité : Corporate Accountability)
- KAUFMANN CHIRSTINE, *Global agieren und lokal profitieren – und keine Verantwortung ?*, *Revue suisse de droit des affaires et du marché financier* 4/2018 (SZW/RSDA), 329-421 (cité : Global agieren)
- NADAKAVUKAREN SCHEFER KRISTA, *Social Power, Social Responsibilities, and Corporations: from CSR to Business and Human Rights*, *Revue de droit Suisse (RDS/ZSR)* 2020, 5-95 (cité : Social Power)
- SCHMID EVELYNE, *Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, à paraître (cité : Champ d'application)
- WEBER ROLF H., *Sorgfaltspflichten in der Lieferkette : Neue gesetzgeberische Herausforderungen für die Schweiz*, *Jusletter* 29 mars 2021 (cité : Sorgfaltspflichten)
- WERRO FRANZ, *Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative : Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition*, *sui generis* 2018, 428-442 (cité : Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative)
- WERRO FRANZ, *The Swiss Responsible Business Initiative*, *Journal of European Tort Law* 2019, 166-182 (cité : The Swiss Responsible Business Initiative)

²⁵ NADAKAVUKAREN SCHEFER, *Social Power*, p. 95.