

Dokument	PJA 2017 p. 930
Autor	Evelyne Schmid
Titel	Exigences internationales de prendre des mesures législatives
Seiten	930-942
Publikation	Aktuelle Juristische Praxis
Herausgeber	Arnold F. Rusch
Frühere Herausgeber	Ivo Schwander
ISSN	1660-3362
Verlag	Dike Verlag AG

AJP 2017 S. 930

Exigences internationales de prendre des mesures législatives

La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et droits humains » ?

Evelyne Schmid *



* Evelyne Schmid, Dr. en droit, professeure associée de droit international à l'Université de Lausanne.

L'auteure tient à remercier les participants du Groupe de réflexion sur les entreprises internationales et droits humains de la SEDI pour leurs commentaires à propos d'une version antérieure du présent document. Ladite version, un peu plus longue que cette contribution, a été publiée dans la Revue suisse de droit international et européen : The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to



La Suisse a-t-elle une obligation d'adopter des normes juridiques dans le domaine des « entreprises et droits humains » tel que certains le conçoivent ? Plus singulièrement, le législateur suisse a-t-il une obligation de soumettre les entreprises internationales domiciliées en Suisse à un devoir de précaution afin que celles-ci empêchent que leurs activités n'aient comme conséquences d'engendrer des violations des droits humains ? Cet article identifie les défis relatifs à la détermination de la portée exacte de l'obligation internationale de légiférer dans le domaine particulièrement contesté et vaguement défini des « entreprises et des droits humains » (Business and Human Rights).

Ist die Schweiz verpflichtet, Rechtsvorschriften im Bereich «Unternehmen und Menschenrechte» zu erlassen? Ist der Schweizer Gesetzgeber insbesondere gehalten, den multinationalen Schweizer Unternehmen eine Sorgfaltspflicht aufzuerlegen, um zu verhindern, dass es im Rahmen ihrer Tätigkeiten zu Menschenrechtsverletzungen kommt? Dieser Beitrag widmet sich den Herausforderungen, die sich bei der Festlegung des genauen Umfangs der internationalen Verpflichtung ergeben, im besonders umstrittenen und vagen Bereich «Unternehmen und Menschenrechte» zu legislieren.

I. Introduction

La régulation des activités et des acteurs économiques est controversée en Suisse, comme c'est le cas dans plusieurs autres pays. Tout le monde n'est pas unanime quant à la nécessité pour les législateurs nationaux d'adopter une nouvelle législation apte à influencer la conduite des entreprises dont les activités présentent un danger potentiel pour les droits humains et l'environnement. Au même moment, les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs, ci-après) ont reçu un soutien de la part des États.

En particulier, la Suisse et d'autres États ont endossé la thèse d'après laquelle une gamme d'obligations internationales préexistantes et contraignantes de protéger la jouissance des droits humains et des libertés fondamentales contre les violations provenant d'acteurs non-étatiques comme les entreprises et autres sociétés transnationales existent déjà à leur égard¹ – et il est au moins concevable que certaines obligations requièrent à tout le moins l'adoption d'une législation nationale². Pour Ho-

AJP 2017 S. 930, 931

ward Mann, les obligations de réglementer en légiférant constituent l'aspect le plus décisif d'assurer des progrès dans le domaine des « entreprises et droits humains » :

«Business and Human Rights»?», *Revue suisse de droit international et européen* 4/2015, 563 ss. L'auteure remercie également la fondation Max-Geldner pour le soutien financier de cette recherche ainsi que Providence Ngoy Walupakah, Licence en droit, LL.M., et Laurent Matile, MLaw, LL.M., pour l'assistance dans la traduction et Rafael Federico Navarro Dalla Favera, BLaw, pour l'assistance éditoriale.

- 1 Conseil des droits de l'homme, Résolution sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, 15.6.2011, A/HRC/17/L.17/Rev.1, 3^e par. préambulaire. Les Principes directeurs eux-mêmes se trouvent dans l'annexe au rapport final du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises présenté au Conseil des droits de l'homme en 2011 (A/HRC/17/31). Des renvois aux principes directeurs sont par exemple contenus dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales (éd. 2011, adoptés le 25 mai 2011), Chapitre IV de la Partie I.
- 2 Pour une analyse globale de l'obligation de protéger en lien avec les activités d'entreprises, voir en particulier Sara L. Seck, *Conceptualizing the Home State Duty to Protect Human Rights*, in : Karin Buhman/Mette Morsing/Lynn Roseberry (éds), *Corporate Social and Human Rights Responsibilities, Global Legal and Management Perspectives*, Basingstoke 2011, 25 ss.



Dans le contexte de l'obligation de l'État de protéger et de promouvoir les droits humains, la question la plus critique qui se pose relève du devoir de légiférer afin de permettre une mise en œuvre des obligations découlant des droits de l'homme reconnus internationalement par le biais de la loi nationale et par l'application de celle-ci³.

En effet, la centralité de l'action législative est reconnue dans les Principes directeurs qui mettent l'accent sur les obligations étatiques existantes de protéger les individus contre les violations des droits humains par les entreprises et sociétés transnationales « *par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires* »⁴.

Comme John Ruggie, ancien Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, l'a souligné, l'obligation de protéger qui incombe à l'État « *c'est le cœur même du régime international des droits de l'homme* »⁵. Les Principes directeurs insistent également sur les obligations à charge de l'État de mettre en place des mesures adéquates pour contrer les violations des droits humains et rappellent instamment à ceux-ci leur devoir « *de prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif* »⁶. Plus encore, les Principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme invitent les États à légiférer dans le but d'assurer que « *les personnes victimes de violations commises par des entreprises aient rapidement accès à un recours efficace* »⁷. Tel qu'exposé plus en détail dans ma contribution récente publiée dans la Revue suisse de droit international et européen,⁸ les mesures législatives au niveau national se présentent en tant qu'un élément composite central du droit international contemporain des droits humains et il est donc possible de conclure que l'adoption d'une législation nationale demeure un outil indispensable pour ceux qui soutiennent l'agenda des « entreprises et des droits humains ». Ce vocable « entreprises et droits humains » est un concept flou⁹ qui inclut une large gamme de tentatives afin de traiter les incidences (positives ou négatives) que les entreprises peuvent avoir sur les droits humains, dans la mesure où ces incidences surviennent à l'échelon local, national ou dans un autre État¹⁰.

³ Howard Mann (International Institute for Sustainable Development), *International Investment Agreements, Business, and Human Rights: Key Issues and Opportunities*, Winnipeg 2008, 8 (traduit de l'anglais).

⁴ Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 21.3.2011, A/HRC/17/31 (cit. Principe directeurs), Principe 1.

⁵ Principes directeurs (n. 4), Présentation des Principes directeurs, par. 6.

⁶ Principes directeurs (n. 4), Principe 25 (mise en évidence ajoutée).

⁷ Version finale du projet de principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, présentée par la Rapporteuse spéciale sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté, Magdalena Sepúlveda Carmona, 18.7.2012, A/HRC/21/39, par. 102. « L'obligation des États d'assurer une protection contre les violations des droits de l'homme par des tiers nécessite de prendre des mesures pour prévenir les violations, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règlements et de procédures judiciaires efficaces. » L'usage de la conjonction de coordination « et » suggère que la législation doit faire partie de l'assortiment.

⁸ Evelyne Schmid, *The Identification and Role of International Legislative Duties in a Contested Area: Must Switzerland Legislate in Relation to «Business and Human Rights?»*, Revue suisse de droit international et européen 4/2015, 563 ss.

⁹ Pour une discussion critique du concept, voir notamment Florian Wettstein, *CSR and the Debate on Business and Human Rights: Bridging the Great Divide*, Business Ethics Quarterly (4) 2012, 739 ss.

¹⁰ Voir par exemple les définitions qui sont données par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, Business and human rights, Internet : <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/BusinessIndex.aspx> (consulté le 19.7.2017) ; alternativement, voir également Danish Institute for Human Rights (DIHR), Business and Human Rights, Internet : <http://www.humanrights.dk/business-human-rights> (consulté le

Si l'on admet que la priorité pour aboutir à des progrès en lien avec les « entreprises et droits humains » est que les États renforcent « *les lois au niveau national afin qu'elles puissent rendre les compagnies privées responsables de violations des droits humains et de permettre un accès aux procédures judiciaires adéquates pour les personnes victimes de telles violations* »¹¹, l'on doit s'interroger sur ce que cela signifie réellement pour les législateurs en Suisse. Est-on en droit de considérer que la Suisse doit – par les vertus du droit international pertinent – adopter une législation spécifique pour obliger les sociétés commerciales transnationales à prendre des mesures pour prévenir la survenance des violations de droits humains ? Etant donné la pertinence anticipée du débat portant sur les « entreprises et les droits humains » pour les années à venir, en Suisse, et compte dûment tenu

AJP 2017 S. 930, 932

des raisons développées ci-dessous, cet article se propose d'utiliser ledit débat sous forme de cas d'étude afin de proposer et de discuter les critères d'identification des obligations internationales de légiférer et d'illustrer les défis spécifiques d'interprétation qui apparaissent à l'occasion des tentatives de détermination du contour exact de telles obligations.

L'identification des obligations législatives internationales est aussi importante dans la mesure où la non-conformité auxdites obligations peut entraîner l'engagement de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La responsabilité de l'État est engagée chaque fois qu'un État faillit à se conformer à une obligation internationale et la responsabilité de l'État peut être rattachée à la fois aux actions et aux omissions¹².

Dans ce contexte, la présente contribution se propose de discuter la question de l'existence des obligations législatives internationales dans un domaine dans lequel l'adoption de normes internes nouvelles est voulue par certains et où d'autres s'y opposent avec véhémence. Nous présentons brièvement notre conception des obligations législatives et examinons si le législateur suisse possède un devoir légal d'adopter des lois afin d'assurer une protection contre les violations des droits humains émanant des entreprises.

Qui dit que la Suisse doit légiférer ? Le Conseil de l'Europe recommande aux États membres de promulguer des règles obligatoires de diligence raisonnable des droits de l'homme pour les entreprises, au moins dans les domaines avec risque significatif de violation¹³. Des revendications similaires sont adressées à la Suisse par des ONG¹⁴, le

19.7.2017).

11 Amnesty International, Amnesty International Position on the New UN Process to Elaborate a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, IOR 40/005/2014, 4.7.2014, Internet : <https://www.amnesty.org/en/documents/ior40/005/2014/en/> (consulté le 19.7.2017, traduit de l'anglais).

12 Commission du droit international (CDI), Articles sur la Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, Annexe à la Résolution 56/83 de l'AGNU, 12.12.2001, art. 12 et commentaire relatif à l'art. 1.

13 Comité des Ministres, Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme et les entreprises, 2.3.2016, par. 20, 36, Internet : https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805c1ad6 (consulté le 19.7.2017).

14 Déclaration de Berne, Négocier des matières premières : le Conseil fédéral évoque des problèmes, mais pas de solutions, communiqué de presse du 27 mars 2013 (cit. Déclaration de Berne), mentionnant que « *de nouveaux instruments légaux doivent être instaurés* » et que la Suisse doit prendre « *des prescriptions légales contraignantes* », Internet : https://www.publiceye.ch/fr/medias/communique-de-presse/negoce_des_matiieres_premieres_le_conseil_federal_evoque_des_problemes_mais_pas_de_solutions/ (consulté le 19.7.2017).

Rapporteur spécial des Nations unies sur le droit à l'alimentation¹⁵, le Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme¹⁶ et surtout le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU dans sa dernière observation générale qui vient d'être adoptée en juin 2017). Dans cette nouvelle « observation générale » (*General Comment*), le Comité souligne que les États-parties doivent impérativement disposer d'un cadre juridique qui oblige les entreprises à prendre des mesures de « diligence raisonnable »¹⁷. Selon le Tribunal fédéral, une observation générale est une information particulièrement importante qui assiste à l'interprétation des obligations de la Suisse¹⁸. En outre, en automne 2016, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a recommandé à la Suisse de renforcer sa législation en matière des activités extraterritoriale de ses entreprises¹⁹. La Suisse est-elle donc juridiquement tenue d'adopter une législation poursuivant ce but ? Dans l'affirmative, quels sont les obstacles envisageables à l'encontre d'une telle thèse ? Ce faisant, le présent article analyse certaines questions spécifiques d'interprétation qui apparaissent lorsque le droit international a sans doute les législateurs pour cibles et destinataires directs. Cette étude démontre qu'il est largement accepté qu'il existe une série d'obligations contenues dans les traités des droits humains de nature contraignante ratifiés par la Suisse qui entraînent certaines obligations de prendre des mesures législatives afin de réguler le comportement des acteurs non-étatiques dans le domaine des « entreprises et des droits humains ». En même temps, il demeure vrai que la détermination du contour précis de telles obligations législatives fait face à des obstacles de taille²⁰.

La présente contribution présente succinctement dans un premier temps l'état actuel du débat et de la situation

AJP 2017 S. 930, 933

juridique relatifs aux « entreprises et aux droits humains » en Suisse (II.). En deuxième lieu, cette étude résume les critères de délimitation et de détermination des obligations législatives en les distinguant des autres difficultés liées à la mise en œuvre (III.) ; et en troisième lieu, l'étude se propose d'apprécier les principaux obstacles que l'identification des obligations législatives doit surmonter (IV.). Enfin, la dernière section (V.) est consacrée à la conclusion.

II. « Entreprises et droits humains » et la Suisse

La Suisse abrite le siège social de nombreuses sociétés transnationales importantes. Comme l'a confirmé le Conseil fédéral, ce nombre inestimable d'entreprises internationales basées en Suisse rend le débat sur la mise en œuvre des Principes

15 Olivier De Schutter, *Regulating Transnational Corporations: A Duty under International Human Rights Law*, Contribution of the Special Rapporteur on the right to food during the 25th session of the Human Rights Council 2014, Internet : <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Food/EcuadorMtgBusinessAndHR.pdf> (consulté le 19.7.2017).

16 OHCHR, *Introductions to the Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2013, Internet : http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/IntroductionsGuidingPrinciples_en.pdf (consulté le 19.7.2017).

17 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Economic and Social Council of the United Nations, *Draft General Comment on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities*, 23.6.2017, E/C.12/GC/24, par. 16 : « The obligation to protect entails a positive duty to adopt a legal framework requiring business entities to exercise human rights due diligence [...]. »

18 ATF 137 I 305, c. 6.5. Voir également n. 49 à cet égard.

19 United Nations, Committee on the Elimination of Discrimination against Women, *Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland*, 18.11.2016, CEDAW/CHE/CO/4-5, par. 11.c.

20 Voir ci-dessous, IV.C. pour une discussion sur la manière dont l'évolution normative future pourrait atténuer ces défis.

directeurs des Nations unies très pertinent²¹. De plus, un nombre considérable de ces entreprises sont actives dans le commerce international des matières premières. Le Département fédéral des affaires étrangères mentionne qu'« [a]ujourd'hui, la contribution du commerce de transit au produit intérieur brut [...] dépasse celle du tourisme » et que « ce segment commercial figure d'ailleurs en tête des exportations de services (devant le secteur bancaire) »²². On estime que près de la moitié du commerce mondial dans le café et le sucre se fait à partir de Genève, tandis que Glencore, une société basée à Zoug, domine le commerce mondial de cobalt, de charbon et de zinc²³. Il est reconnu que le commerce des matières premières aussi bien que celui du café, des céréales ou du coton a été au centre des débats sur les « entreprises et les droits humains » avec des allégations allant du travail des enfants, des mauvaises conditions de travail, en passant par les menaces ou la violence contre des syndicalistes ou la destruction des moyens de subsistance à la corruption, sans oublier les dommages environnementaux et l'évasion fiscale dans les États d'accueil (le plus souvent fragiles)²⁴. L'importance de la Suisse pour le négoce mondial des produits de première nécessité implique donc qu'elle est particulièrement confrontée aux risques et aux défis associés à ce commerce. Dans ce contexte, une coalition d'organisations de la société civile a déposé une initiative populaire pour des « entreprises responsables »²⁵. L'amendement constitutionnel proposé exigerait qu'une législation fédérale oblige les entreprises à conduire des évaluations transparentes en matière de droits humains et d'environnement et que les entreprises suisses puissent être en l'occurrence tenues responsables de violations causées par les sociétés étrangères contrôlées par elles à moins qu'une société démontre qu'elle a adopté et appliqué toutes les mesures de précaution nécessaire²⁶. Un sondage indique que la proposition s'oriente vers un soutien important au sein de la population suisse²⁷.

Comme nous l'avons mentionné, la coalition des organisations de la société civile et d'autres ont fait valoir que l'adoption d'une nouvelle législation (fédérale) serait non seulement souhaitable, mais qu'elle est en plus requise par le droit international²⁸. Avant d'examiner de près cette requête, il est important de préciser qu'il serait tout à fait erroné de supposer que la Suisse n'a actuellement aucune législation concernant les « entreprises et les droits humains ». Bien au contraire, une série de lois et normes suisses se rapportent aux préoccupations que soulève la question des « entreprises et des droits humains ».

21 Conseil fédéral, Divers mécanismes de diligence possibles pour les entreprises, communiqué de presse du 28 mai 2014, Internet : <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-05-28.html> (consulté le 19.7.2017).

22 Département fédéral des affaires étrangères, La Suisse et le négoce des matières premières: Chances et défis pour la Suisse, 2013, Internet: <https://www.dfae.admin.ch/eda/fr/dfaef/actualite/dossiers/alle-dossiers/suisse-negoce-matieres-premieres/chancesdefis-suisse.html> (consulté le 15.7.2017, le contenu de ce site web était introuvable à la fin du mois de juillet 2017).

23 Schweizer Radio und Fernsehen, Die Rohstoff-Drehscheibe Schweiz, 27.3.2013, Internet : <http://www.srf.ch/news/wirtschaft/die-rohstoff-drehscheibe-schweiz> (consulté le 19.7.2017).

24 Pour la documentation de quelques allégations, voir par exemple Droit sans Frontières (Corporate Justice Campaign), Exemples de cas, sur Internet : <http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/exemplesdescas/> (consulté le 19.7.2017).

25 Initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » (cit. Initiative populaire fédérale), Internet : <https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis462t.html> (consulté le 19.7.2017).

26 Initiative populaire fédérale (n. 25) ; pour une analyse récente du texte de l'initiative, voir par exemple Christine Kaufmann, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, SZW 2016, 45 ss.

27 Sondage : Les suisses veulent des entreprises responsables, Le Matin du 18 juillet 2016, Internet : <http://www.lematin.ch/suisse/suisses-veulent-entreprises-responsables/story/16200649> (consulté le 19.7.2017).

28 Voir Déclaration de Berne (n. 14) ; Olivier De Schutter (n. 15) ; OHCR (n. 16).

En l'état actuel du droit, la réglementation de la conduite des entreprises est contenue aussi bien dans le Code suisse des obligations (CO) que dans d'autres lois spéciales au niveau fédéral, telles que la loi sur la protection de l'environnement (LPE), la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent (LBA) ou la loi fédérale sur les marchés publics (LMP), mais aussi dans

AJP 2017 S. 930, 934

certaines législations cantonales (par exemple les lois cantonales sur les marchés publics)²⁹. D'autres études en Suisse ont fait le point sur le régime juridique applicable à la prévention et à la réparation des violations de droits humains liées aux préjudices dont la cause résulte des activités des entreprises et ont essayé de le confronter à la multitude d'obligations internationales des droits humains. En 2013, le Centre suisse de compétences pour les droits humains (CSDH/SCHR/SKMR) en a ainsi conclu qu'il est juste de dire que la Suisse a pris des mesures ciblées pour mettre en œuvre l'obligation de protéger dans le domaine des « entreprises et droits humains » mais qu'une stratégie globale afin de mettre en œuvre les Principes directeurs de l'ONU n'a pas encore été définitivement mise au point³⁰. Le rapport du CSDH reconnaît la préoccupation au sujet des défaillances possibles pour mettre en œuvre des obligations positives et recommande de se pencher sur des situations dans lesquelles le législateur n'a pas pris de mesures pour protéger les individus contre les abus dont les entreprises sont responsables³¹. Deux études antérieures commandées par des ONG sont parvenues à la conclusion que le système juridique suisse ne contient pas de normes qui obligerait les entreprises et leurs dirigeants à veiller à ce que les droits humains soient respectés ou des normes qui permettraient aux victimes présumées d'avoir accès à des recours efficaces³². Les dispositions explicites obligeant directement les entreprises à éviter de porter atteinte aux droits humains sont limitées aux domaines du droit du travail, ainsi qu'à l'égalité entre les hommes et les femmes et l'égalité pour les handicapés³³. Mises à part les exceptions dans la LPE, la législation relative aux entreprises ou aux compagnies privées ne contient pas de règles spécifiques qui astreindraient les entreprises ou leurs administrateurs à examiner systématiquement les incidences de l'entreprise sur les non-actionnaires (y compris les incidences des droits humains sur les individus et les communautés affectées par les opérations de l'entreprise), en Suisse

²⁹ Pour des raisons d'espace, une référence à la liste complète de la situation juridique existante est faite par Christine Kaufmann et al., *Mise en œuvre des droits humains en Suisse, Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie*, Berne 2013, N 59.

³⁰ Kaufmann et al. (n. 29), N 85. Dans l'intervalle, le Conseil fédéral a publié un document contenant sa position avec un plan d'action proposé : 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*, 1.4.2015, Internet : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/38882.pdf> (consulté le 19.7.2017) (cit. Conseil fédéral, *La responsabilité sociétale des entreprises*). En décembre 2016, le Conseil fédéral a ajouté un plan d'action nationale : Conseil fédéral, *Entreprises et droits de l'homme : Rapport et plan d'action nationale*, 9.12.2016, Internet : <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/seco/nsb-news.msg-id-64884.html> (consulté le 19.7.2017) (cit. Conseil fédéral, *Entreprises et droits de l'homme*; à ce propos, cf. également n. 43).

³¹ Kaufmann et al. (n. 29), N 101.

³² Carlos Lopez/Simone Heri, *Switzerland's Home State Duty to Protect against Corporate Abuse*, Berne 2010, 4 ss ; 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 (étude mandatée par Droit sans Frontières)*, 2012, Internet : http://www.rechtohngrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf (consulté le 19.7.2017), 3.

³³ Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr ; RS 822.11) ; Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg ; RS 151.1) ; Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand ; RS 151.3).

ou à l'étranger³⁴. Qui plus est, il n'existe pas d'« exigences légales spécifiques faites aux administrateurs pour faire en sorte que les filiales, les fournisseurs ou les autres partenaires commerciaux tiennent compte des considérations liées aux droits humains »³⁵. Cela dit, il y a cependant certaines règles de responsabilité en droit civil et pénal qui peuvent, du moins en principe, être appliquées aux entreprises³⁶.

Notons que la Suisse a soutenu l'élaboration des Principes directeurs et a ratifié la plupart des conventions des droits humains au niveau international et régional. En revanche, cela n'a guère empêché les mouvements de la société civile ainsi que le CSDH de continuer à formuler des critiques³⁷. Jusqu'à récemment, la position du Conseil

AJP 2017 S. 930, 935

fédéral était que la mise en œuvre des traités relatifs aux droits humains en vigueur ainsi que celle des Principes directeurs ne nécessite pas de mesures législatives supplémentaires, mais de la bonne volonté des entreprises³⁸. Il y a quelques années, le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) avait émis un concept de responsabilité sociétale des entreprises (RSE) (largement critiqué par les ONG) dans lequel il soulignait que la RSE devrait fixer la conduite des entreprises mais sans préciser ce que serait le rôle de l'État³⁹.

Les signes avant-coureurs d'un changement d'attitude sont apparus en 2014. Le Conseil fédéral a alors énoncé « qu'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 » étant donné que le pays abrite un nombre non négligeable d'entreprises actives au niveau mondial⁴⁰. En 2015, le Conseil fédéral a rendu un rapport sur la mise en œuvre des

34 Certaines ONG suggèrent que le droit des sociétés soit réformé avec l'introduction d'un devoir spécifique de supervision des sociétés mères en ce qui concerne leurs filiales et autres sociétés sous leur contrôle. Lopez/Heri (n. 32), 7 (traduit de l'anglais) ; voir aussi Kaufmann et al. (n. 29), N 63, qui mentionnent que le système juridique suisse ne contient pas un régime de responsabilité direct et global pour les entreprises.

35 Lopez/Heri (n. 32), 21.

36 Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP ; RS 311.0), art. 102. Certains ont fait valoir que la disposition est trop complexe pour être d'une utilité pratique. Voir Membrez (n. 32), 6 ; l'arrêt (du Tribunal fédéral) 6B_124/2016 du 11 octobre 2016 montre l'insignifiante importance pratique de l'art. 102 CP, la preuve des faits subjectifs se révèle difficile. Cf. également Nicolas Bueno, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, PJA 2017, 1015 ss. Pour une analyse en profondeur du potentiel existant d'une procédure au civil en Suisse pour les violations commises par des entreprises transnationales à l'étranger, voir en particulier : Gregor Geisser, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für «Menschenrechtsverletzungen» bei internationalen Sachverhalten: Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht, Zurich 2013.

37 Pour des rapports plus récents, voir par exemple : Sabrina Ghielmini/Christine Kaufmann (Centre suisse de compétence pour les droits humains, CSDH), Responsabilité sociale des entreprises, 2015, qui adressent des critiques à l'endroit de la Suisse à cause de son retard sur d'autres pays industrialisés dans la mise en œuvre d'une « combinaison intelligente » de mesures qui doivent inclure des mesures réglementaires prises par l'État pour protéger les droits humains, Internet : <http://www.skmr.ch/frz/domaines/economie/publications/csr-etude.html> (consulté le 19.7.2017).

38 Conseil fédéral, Lettre de réponse du Conseil fédéral du 20 février 2013 à la pétition « Droit sans Frontières », Internet : www.rechttohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2013/03/antwort_bundesrat_februar_2013_inklkorrigendum.pdf (consulté le 19.7.2017).

39 Secrétariat d'État à l'économie (SECO), CSR-Konzept des Seco, Berne 2009, 4 s. (n'est plus disponible en ligne).

40 Conseil fédéral, Rapport de droit comparé, Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger, Rapport rédigé en exécution du postulat 12.3980, 2.5.2014, 8.



recommandations relatives au commerce des matières de premières⁴¹. Le concept de RSE du SECO a été retiré du site internet du gouvernement et remplacé par un document rénové et beaucoup plus étendu qui se réfère maintenant à l'expression promue par John Ruggie, communément dénommé « assortiment judicieux » (*smart mix*), qui combine des mesures volontaires à la législation qui prescrit des mesures juridiquement contraignantes que les entreprises doivent prendre. Actuellement, le Conseil fédéral établit que l'État joue un rôle important dans la mise en place d'un cadre et des normes juridiques⁴². Pourtant, d'autres signes indiquent que l'adoption d'une nouvelle législation sur les « entreprises et les droits humains » se confrontera à de sérieux obstacles. En décembre 2016, le Conseil fédéral a adopté un plan d'action national pour la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits humains. Les ONG critiquent le fait que le plan ne contienne presque pas de nouveautés. Par exemple, il n'y a aucune obligation pour les entreprises de respecter une diligence raisonnable.⁴³ Avec l'adoption dudit plan d'action, le Conseil fédéral rejette l'initiative populaire « Entreprises responsables », du fait qu'il n'y aurait selon lui plus de nécessité d'agir dans ce domaine.

A titre illustratif, des propositions de révision du Code des obligations (droit de la société anonyme) tendant à inclure des exigences de transparence pour les entreprises impliquées dans les activités d'extraction de matières premières ont connu une résistance lors du processus de consultation alors même qu'elles ne s'appliqueront qu'à la seule extraction des matières premières tout en excluant le commerce de produits de base⁴⁴.

Ainsi, il est permis d'affirmer que la Suisse possède des normes pertinentes et qu'il existe quelques évolutions dans le domaine des « entreprises et des droits humains ». Nous pouvons maintenant aborder la question de savoir si la Suisse doit adopter davantage de mesures législatives afin de prévenir et de contrer les violations des droits humains occasionnées par les entreprises. La section suivante résume les critères proposés aux fins d'identifier les obligations législatives internationales.

III. Conceptualiser la notion d'obligations internationales en matière législative

Les politiciens, journalistes, ONG ou le grand public s'empressent de clamer que le législateur a failli à sa mission. Toutefois, il nous faut arriver à distinguer clairement s'il pèse sur le législateur un devoir de légiférer ou si nous

AJP 2017 S. 930, 936

sommes plutôt confrontés à une situation dans laquelle des normes internes supplémentaires sont simplement souhaitables du point de vue de certains acteurs, ou encore, à une situation dans laquelle les normes adéquates existantes ne sont pas

41 Conseil fédéral, Grundlagenbericht Rohstoffe: 2. Berichterstattung zum Stand der Umsetzung der Empfehlungen, 19.8.2015, Internet : <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/40641.pdf> (consulté le 19.7.2017).

42 Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises (n. 30), 10.

43 Conseil fédéral, Entreprises et droits de l'homme (n. 30) ; Alliance Sud, Le plan d'action national : Un plan sans action, communiqué du 9 Décembre 2016, Internet : <http://www.alliancesud.ch/fr/politique/multinationales/regulations/le-plan-daction-national-un-plan-sans-action> (consulté le 19.7.2017).

44 Proposition de révision du Code des obligations (droit de la société anonyme), Avant-Projet, novembre 2014, art. 964a et 964f. Cette dernière disposition proposait une norme de délégation (conditionnelle) confiant au Conseil fédéral le pouvoir d'étendre le champ d'application des règles de transparence dans le commerce des produits de base s'il y a une « une procédure harmonisée à l'échelle internationale ». Cette disposition a été supprimée dans le projet du 23 novembre 2016, cf. FF 2017 625 ss.

correctement appliquées ou, à une situation qui ne peut raisonnablement pas être améliorée par la législation au premier chef. Des obligations législatives internationales ne peuvent survenir que dans des cas où un État ne peut pas remplir une obligation internationale sans adopter des normes internes.

Pour décider si tel est le cas, il convient de se reporter aux règles d'interprétation en droit international (en ce qui concerne les traités, du moins) qui sont le point de départ originel en ce domaine – il en est ainsi également pour toute question se rapportant à l'étendue d'une obligation contenue dans un traité⁴⁵. Toutefois, l'identification des obligations législatives s'avère être un exercice assez particulier dans la mesure où elle ne constitue pas simplement un problème de droit international relatif à la question de savoir s'il est exigé de l'État d'adopter une législation nationale. La question se situe plutôt à l'intersection du droit international et du droit national (constitutionnel). Ce dernier est dans une large mesure décisif aux fins de déterminer si un État peut se conformer à une obligation internationale sans entreprendre une action législative au niveau interne⁴⁶.

Ailleurs, nous avons déjà présenté en détail des suggestions sur les éléments conceptuels des obligations législatives⁴⁷. Nous devons nous contenter ici de résumer comme suit : pour identifier une obligation législative, il faut qu'il y ait un acteur qui soit en position de contracter une obligation législative⁴⁸. Cet acteur doit avoir un devoir identifiable et juridiquement contraignant d'agir⁴⁹ ; et ce devoir d'agir n'autorise aucune marge d'appréciation quant à savoir si des moyens législatifs sont nécessairement requis. De telles obligations législatives peuvent être soit explicites⁵⁰, soit implicites. Dès lors, point n'est besoin de dire que l'identification des obligations de légiférer est souvent chargée de complexités⁵¹.

45 Art. 31–33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (entrée en vigueur pour la Suisse le 6 juin 1990 ; RS 0.111). Pour des raisons pratiques, cet essai ne traite pas de la question des obligations législatives internationales coutumières ou éventuellement découlant des principes généraux de droit international.

46 Voir par exemple le débat dans l'arrêt *Avena* : Demande en interprétation de l'arrêt du 31 mars 2004 en l'affaire *Avena et autres ressortissants mexicains (Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt du 19 janvier 2009, Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances, CIJ 2009, par. 44, mentionne que le droit international interprété dans l'arrêt *Avena* oblige les États-Unis à exécuter une obligation de résultat – « sans exclure l'adoption, dans un délai raisonnable, d'une législation appropriée, si cela est jugé nécessaire en vertu du droit constitutionnel national ».

47 Schmid (n. 8), 563.

48 En Suisse, la première étape consiste à préciser si l'obligation internationale relève de la sphère de compétence du niveau fédéral, des cantons ou les deux. En d'autres termes, seul l'organe à qui l'obligation de remplir un devoir spécifique est attribuée peut être soumis à une obligation législative.

49 Les recommandations ou formulations dans les instruments de *soft law* (droit mou) ne sont pas admissibles. Les déclarations contenues dans les observations finales des organes de contrôle des Nations unies ne sont également pas juridiquement contraignantes et (du point de vue de la majorité des commentateurs) ne peuvent pas établir des obligations de légiférer mais peuvent être d'une assistance significative dans l'interprétation en vue de déterminer si les dispositions contenues dans un traité impliquent des tâches spécifiques de légiférer. Cela a également été la conclusion du Tribunal fédéral suisse dans ATF 137 I 305, c. 6.5.

50 Un exemple d'une obligation explicite de légiférer est contenu sur pied de l'art. 2 let. f de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 (entrée en vigueur pour la Suisse le 26 avril 1997 ; RS 0.108).

51 Pour identifier les obligations législatives, il est impératif d'examiner si l'obligation d'agir peut être remplie sans prendre des mesures législatives. Par exemple, le terme « toutes mesures appropriées » peut *de facto* impliquer la nécessité de prendre des mesures législatives, mais cela dépendra du contexte, à savoir la division interne des compétences, et devra se baser sur des informations empiriques démontrant l'inévitabilité de mesures législatives dans un domaine spécifique. Un exemple illustratif d'une disposition contenant des obligations législatives implicites a certainement été l'art. 11 du Traité instituant la Communauté économique européenne, Traité de Rome, 298 UNTS 1958. Étant donné que les procédures douanières sont généralement réglementées dans la législation interne, les États membres pourraient difficilement se conformer à cette obligation sans législation. Voir aussi l'art. 5 du Traité de Rome.

En tout état de cause, à moins qu'il n'y ait des exigences spécifiques contenues dans les dispositions d'un traité, la ratification d'un instrument implique pour les États parties l'accomplissement des obligations exprimées dans le traité, soit par la législation, soit par le biais de mesures administratives, ou par le droit coutumier, soit encore au travers des usages ou par tout autre moyen⁵². Étant donné la diversité des systèmes économiques, sociaux et juridiques qui existent entre les États parties aux traités internationaux relatifs aux droits humains, les approches de mise en œuvre des obligations découlant d'un traité peuvent légitimement varier d'un État à un autre⁵³. Alors qu'un État possède la latitude de choisir ses propres

AJP 2017 S. 930, 937

mesures d'application, en fonction des conditions et circonstances qui sont les siennes, cette marge d'appréciation n'est, en revanche, aucunement illimitée. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies, à cet égard, a par exemple développé un critère de justification d'après lequel il est demandé aux États d'indiquer « non seulement quelles sont les mesures qui ont été prises mais aussi les raisons pour lesquelles elles sont jugées les plus 'appropriées' compte tenu des circonstances » et l'organe de contrôle demeure la seule autorité à même d'évaluer le caractère approprié des mesures qui ont été prises par les États parties⁵⁴. Cela étant dit, rappelons que les traités des droits humains (et d'autres également) laissent aux États une marge d'appréciation assez considérable pour qu'ils décident s'il y a lieu de légiférer ou non.

Ainsi donc, il y a deux manières par lesquelles l'on peut démontrer qu'une obligation législative existe. Soit une telle obligation est expressément mentionnée dans une disposition, auquel cas elle est généralement facile à constater. Ou alors, et c'est la deuxième hypothèse, la plus compliquée, l'obligation de légiférer peut découler d'une disposition qui fait référence aux « moyens appropriés » ou « mesures adéquates », ou des termes similaires et on peut démontrer que l'action législative n'est pas seulement adéquate mais indispensable et inévitable dans un domaine spécifique, à la lumière des exigences relevant du domaine constitutionnel. En somme, les obligations législatives décrivent le type d'obligations qui exigent de l'État qu'il prenne les mesures nécessaires afin d'organiser que les organes législatifs nationaux légifèrent. Mentionnons que le concept n'entend par contre pas couvrir les situations dans lesquelles il serait simplement souhaitable, pour une raison ou une autre, d'avoir une législation supplémentaire ou différente. À l'aune de ce qui précède, nous pouvons maintenant examiner si la Suisse a contracté des engagements emportant obligations de légiférer en matière d'« entreprises et droits humains » au-delà de ce qu'elle a déjà fait.

IV. Les obligations législatives de la Suisse dans le domaine des « entreprises et droits humains »

Comme il a été mentionné précédemment, le vocable « entreprises et droits humains » comprend une large variété d'interrogations qui se rattachent à divers domaines juridiques. Il est irréaliste de prétendre déterminer de façon exhaustive dans cet article quelles sont les normes internationales pertinentes qui soumettent les législateurs suisses à une obligation de légiférer dans le domaine des « entreprises et des droits

⁵² Yuri Iwasawa, *The Doctrine of Self-Executing Treaties in the United States: A Critical Analysis*, *Virginia Journal of International Law* (26) 1985, 627 ss, 660 : « [A] state which has contracted a valid treaty is bound to take every measure necessary to give full effect to the treaty. »

⁵³ Cette idée est bien connue en Suisse et en droit européen et fait écho au principe de subsidiarité.

⁵⁴ « [C]'est le Comité qui, en fin de compte, doit déterminer si toutes les mesures appropriées ont été prises. », Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n°3* : La nature des obligations des États parties, 14.12.1990, E/1991/23, par. 4 ; voir aussi Malcolm Langford, *Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, *Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter* (27) 2009, 1 ss, 25.

humains ». Plutôt, le cas d'étude se concentrera sur un point précis et central qui est souvent soulevé dans l'actuel débat sur « les entreprises et les droits humains », débat qui correspond à l'une des deux principales exigences de la campagne en cours d'une coalition d'ONG suisses, à savoir : la prétendue absence de règles à l'égard des sociétés suisses les obligeant à prendre des mesures de précaution afin de prévenir les violations des droits humains⁵⁵.

A tout le moins, une source juridiquement contraignante devrait indiquer que certains aspects de la revendication des ONG ne sont pas « simplement » des revendications politiques, mais des obligations législatives. Étant donné que les Principes directeurs de l'ONU ne sont pas juridiquement contraignants, ils ne sont pas admissibles – en soi – comme source pour contenir une obligation juridiquement contraignante de légiférer. Nous examinons donc les traités relatifs aux droits humains internationaux et régionaux.

A. Sources potentielles des obligations de légiférer : les obligations positives et leurs effets pour le législateur interne

La Suisse a ratifié un certain nombre d'instruments internationaux et européens qui comportent des obligations de respecter, de protéger et de réaliser les droits humains. Les obligations de protéger renferment une obligation positive de l'État de prendre des mesures en vue d'éviter que les acteurs non-étatiques, y compris les entreprises transnationales, ne causent du tort à la jouissance des droits

AJP 2017 S. 930, 938

humains⁵⁶. En effet, il est bien connu que les organes de contrôle des Nations unies ont établi la responsabilité des États non seulement dans les situations où les États se sont ingérés dans la jouissance des droits, mais également pour les défauts de réglementer ou de prévenir la conduite des acteurs privés dont les actes et les omissions ont des incidences négatives sur la jouissance des droits humains⁵⁷. Voilà pourquoi le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (HCDH) a rappelé que « *le droit des droits de l'homme et la jurisprudence affirment un devoir de l'État de prendre des mesures sous la forme de législation, de la réglementation, du contrôle et de l'application pour s'assurer que les activités de l'entreprise ne portent pas atteinte à la jouissance des droits de l'homme* »⁵⁸.

Un exercice de cartographie opéré par le HCDH a retracé l'étendue et le contenu des responsabilités des États de réguler et de juger les actions de sociétés commerciales transnationales en vertu des traités des droits humains (et en conformité avec la

⁵⁵ Droit sans Frontières, Des règles contraignantes pour les multinationales suisses, Internet : <http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/campagne/droitsansfrontieres/> (consulté le 19.7.2017). L'acteur le plus approprié qui devrait prétendument adopter une législation obligeant les entreprises à prévenir les violations est le législateur fédéral, bien qu'il reste une certaine place pour la législation cantonale, notamment dans le domaine des marchés publics.

⁵⁶ Ceci est la typologie tripartite communément utilisée pour classifier les dimensions des obligations en droit international de droits humains. Pour en savoir plus sur les origines et la pratique comparative concernant la typologie, voir Ida Elisabeth Koch, *Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties?*, *Human Rights Law Review* (5) 2005, 81 ss ; Walter Kälin/Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford 2009, 96 ss ; spécifiquement, en relation avec la réglementation de la conduite des entreprises transnationales, y compris par le législateur, voir Geisser (n. 36), 539 s.

⁵⁷ Pour un aperçu, voir Aoife Nolan, *Addressing Economic and Social Rights Violations by Non-State Actors through the Role of the State: A Comparison of Regional Approaches to the «Obligation to Protect»*, *Human Rights Law Review* (9) 2009, 225 ss.

⁵⁸ International Finance Corporation, *Stabilization Clauses and Human Rights*, A Research Project Conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, 2009, par. 31, Internet <http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/9feb5b00488555eab8c4fa6a6515bb18/Stabilization%2BPa per.pdf?MOD=AJPERES> (consulté le 19.7.2017 ; traduit de l'anglais).

pratique subséquente des organes à ces traités). L'étude a constaté qu'il y avait une « *émergence d'obligations étatiques claires pour prévenir et punir les atteintes des entreprises* » et a établi que les principaux traités internationaux des droits humains « *obligent les États [...] à jouer un rôle moteur dans la réglementation et le contrôle des activités des entreprises* »⁵⁹.

Les conclusions de la Cour européenne des droits de l'homme au sujet des obligations de protéger⁶⁰ pourraient appuyer la thèse que la Suisse possède quelques obligations d'adopter une législation avec l'effet d'assurer que les acteurs non-étatiques ne portent pas atteinte à la jouissance des droits humains et que les victimes ont accès à des recours effectifs. Comme l'étude du CSDH conclut, les conceptualisations des obligations positives de protéger les droits humains ont eu un impact sur les débats portant sur les « entreprises et les droits humains »⁶¹.

Pourtant, étant donné que les obligations explicites de légiférer contre les violations des droits humains causées par les entreprises sont très limitées⁶², un argument fondé sur les obligations législatives pourra principalement reposer sur une démonstration d'obligations implicites de légiférer et devra illustrer que la législation est à tout point de vue inévitable si l'on désire se conformer à l'obligation de protéger les droits humains et, qu'à cet égard, l'encouragement des initiatives volontaires ou d'autres mesures ne sauraient, à elles seules, être suffisantes. Comme mentionné, le Conseil fédéral semble maintenant accepter l'idée que certaines mesures non volontaires devraient faire partie de l'« assortiment » des mesures à prendre à l'avenir⁶³.

Il doit être démontré que des mesures allant au-delà de l'encouragement des initiatives volontaires doivent impliquer une action législative. Une forte indication dans ce sens existe pour la Suisse étant donné qu'il n'est pas difficile d'imaginer que les mesures prises par l'État pour obliger les entreprises à prendre en compte des considérations des droits humains pourraient affecter la liberté économique⁶⁴. La Constitution fédérale suisse protège la liberté économique comme un droit fondamental⁶⁵. Les

AJP 2017 S. 930, 939

restrictions à la liberté économique doivent avoir une base légale et, en conséquence, un certain nombre de mesures légales est requis déjà en vertu du droit constitutionnel suisse. Ceci signifie que les restrictions à la liberté économique doivent être à même de

59 Conseil des droits de l'homme, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, Obligations pour les États de réglementer et de contrôler les activités des sociétés, en application des principaux instruments des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, 13.2.2007, A/HRC/4/35/Add.1, résumé français et par. 38 (traduit de l'anglais), Internet : http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=12960 (consulté le 19.7.2017).

60 Cordula Dröge, Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Berlin 2003, 87 ss ; Samantha A. Besson, Les obligations positives de protection des droits fondamentaux : un essai en dogmatique comparative, Revue de droit suisse 2003, 49 ss.

61 Kaufmann et al. (n. 29), N 85 ; à propos de la CEDH, voir aussi N 100.

62 Voir ci-dessous, IV.B. pour les exceptions se rapportant à la discrimination sur le lieu de travail.

63 Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises (n. 30), 10 s.

64 Ce point est aussi fait par Kaufmann et al. (n. 29), N 62, indiquant par exemple, que la liberté contractuelle pourrait être restreinte si les entreprises sont obligées de respecter les normes de travail.

65 Art. 27 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; SR 101) ; voir notamment, Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, Berne 2008, 1042 ss. ; Klaus A. Vallender, in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éds), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, art. 1–93, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, art. 27 Cst. N 57–59.

66 Art. 36 Cst.

passer le test établi par la Constitution pour limiter les droits humains en général⁶⁶ et ce droit en particulier⁶⁷.

Afin d'avoir une base légale et pour assurer la prévisibilité de la loi⁶⁸, les mesures allant au-delà de l'encouragement des initiatives volontaires devront en conséquence requérir une législation⁶⁹ et la Suisse pourra effectivement se conformer à ses obligations de protéger contre les atteintes des entreprises uniquement s'il elle adopte les bases légales nécessaires à la restriction de la liberté économique. Cette logique s'applique à beaucoup d'autres obligations de protection étant donné que la réalisation de telles obligations peut restreindre un autre intérêt juridiquement protégé par les droits fondamentaux constitutionnels et doit, par conséquent, avoir une base juridique solide⁷⁰. Ainsi, les obligations de protéger (et réaliser) ne seront presque jamais réalisables sans une législation nationale, même en vertu du droit constitutionnel suisse.

Cela dit, il reste à examiner si une telle législation doit spécifiquement contraindre les entreprises à prendre des mesures de précaution afin de prévenir les violations des droits humains. Les ONG suisses soutiennent que des mesures législatives visant à se conformer aux obligations de l'État à protéger ne peuvent être efficaces si elles obligent les entreprises à prendre des mesures de précaution⁷¹. Comme un moyen d'interprétation des traités relatifs aux droits humains, les Principes directeurs de l'ONU semblent confirmer cette conclusion⁷². Pourtant, au moins pour l'instant, la difficulté réside dans l'inexistence d'obligation explicite d'adopter une telle législation dans les traités relatifs aux droits humains existants et la conclusion dépend à la fois de l'interprétation des données empiriques aussi bien que des normes juridiques et est donc ouverte à la contestation.

En outre, même si l'on reconnaît que les États ont des devoirs d'adopter des lois visant à contraindre les acteurs privés à prendre des mesures de précaution afin de prévenir les atteintes aux intérêts des droits humains, c'est une tâche plus difficile de faire valoir que les deux pactes internationaux ou la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ou d'autres traités exigent que les États adaptent leur législation en vue de prendre en compte les atteintes aux droits humains qui se produisent *en dehors* de leur propre territoire.

67 Art. 94 al. 4 Cst.

68 Rainer J. Schweizer, in : Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (éds), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, art. 1–93, 3^e éd., Zurich/St-Gall 2014, art. 36 Cst. N 15.

69 Bien que l'art. 35 Cst. concerne la mise en œuvre des obligations positives (y compris dans le domaine des « entreprises et droits humains »), cette seule clause ne serait pas suffisante pour restreindre la liberté économique. Les traités internationaux relatifs aux droits humains ne sauraient, non plus, à notre avis, être suffisants, car il serait exagéré d'attendre de la part des entreprises qu'elles prévoient des mesures que le législateur pourrait prendre sur la base du libellé des obligations législatives dans des traités internationaux.

70 Pour une analyse sur la relation entre les obligations de protéger et les restrictions en droit constitutionnel suisse, voir Patricia Egli, *Drittwirkung von Grundrechten: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht*, Zurich 2002, 317.

71 Questions et réponses sur l'initiative pour des multinationales responsables, Internet : http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2015/04/KVI_FAQ_F_V3.pdf (consulté le 19.7.2017), 3. Les initiants sont d'avis que les initiatives volontaires de responsabilité sociale des entreprises par les sociétés sont inefficaces pour prévenir des violations des droits humains ou des atteintes à l'environnement.

72 Principes directeurs (n. 4). Le Principe 1 mentionne que l'obligation de protéger requiert de légiférer afin de prévenir, enquêter, punir les auteurs et réparer des atteintes commises par les entreprises.

B. Le problème de l'extraterritorialité

Il n'est un secret pour personne que les aspects extraterritoriaux du débat sur les « entreprises et les droits humains » sont capitaux et controversés. Bien qu'il existe une jurisprudence abondante et développée sur l'extraterritorialité ainsi qu'un intérêt académique sur les aspects extraterritoriaux des traités tels que la CEDH, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et des arguments juridiques convaincants que de nombreuses obligations extraterritoriales existent⁷³, il est important de noter que peu d'États ont adopté une législation visant à éviter des violations causées par les activités des entreprises à l'étranger⁷⁴. Il suffit de constater que

AJP 2017 S. 930, 940

la démonstration des obligations législatives dans le domaine des « entreprises et des droits humains » sera plus facile dans la mesure que les États et les tribunaux arrivent à clarifier l'étendue des obligations extraterritoriales en droit international. Au moins pour l'instant, la portée des obligations extraterritoriales des États reste contestée, bien que les commentaires des organes de supervision montrent une nette tendance à accroître la pression sur les États afin qu'ils adoptent une législation qui traite des violations extraterritoriales par des sociétés entretenant des liens avec la compétence territoriale de l'État⁷⁵. En février 2015, par exemple, le Comité des Nations Unies sur les droits de l'enfant a exprimé sa préoccupation sur le fait que la Suisse « *ne se dote pas d'un cadre réglementaire énonçant explicitement l'obligation qu'ont les entreprises qui relèvent de la juridiction de l'État partie ou se trouvent sous son contrôle de respecter les droits de l'enfant dans le cadre des opérations menées à l'étranger* »⁷⁶. La nouvelle observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels contient une analyse très détaillée des questions des obligations extraterritoriales et ne laisse aucun doute que les États vont devoir se préparer à davantage de questions de ce type.⁷⁷

À la lumière des incertitudes concernant des obligations claires et précises de légiférer en relation avec des violations extraterritoriales, il est justifié de souligner qu'il existe des scénarios dans lesquels aucune question d'extraterritorialité ne se pose. L'atteinte causée par les activités des entreprises peut également survenir au sein d'un seul et même territoire, comme par exemple en matière de discrimination en milieu de travail. Dans de tels scénarios, l'art. 2 PIDCP et de manière particulière l'art. 27 de la Convention sur les droits des personnes handicapées, en conjonction avec la Constitution fédérale⁷⁸ présentent des arguments convaincants allant dans le sens d'une obligation du législateur fédéral d'adopter une (nouvelle) législation, à tout le

73 Pour une analyse détaillée, voir Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford 2011 ; Fons Coomans/Rolf Künnemann, *Cases and concepts on extraterritorial obligations in the area of economic, social and cultural rights*, Mortsel 2012 ; Karen Da Costa, *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Boston 2012. Cf. également les principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États adoptés par un groupe d'experts et par la Commission internationale des juristes, 28.9.2011, Internet : http://www.humanrights.ch/upload/pdf/120111_Maastricht_ETO_Principles_-_FINAL.pdf (consulté le 19.7.2017).

74 Voir à ce sujet, IV.C. pour des perspectives.

75 Nadia Bernaz, *State Obligations with Regard to the Extraterritorial Activities of Companies Domiciled on Their Territories*, in : Carla M. Buckley/Alice Donald/Philip Leach (éds), *Towards Convergence in International Human Rights Law: Approaches of Regional and International Systems*, Leiden 2017, 435 ss.

76 Comité des droits de l'enfant, *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse*, 26.2.2015, CRC/C/CHE/CO/2-4, par. 23.

77 Committee on Economic, Social and Cultural Rights (n. 17), par. 25–37.

78 Art. 35 al. 3 Cst. et l'art. 8 al. 1 Cst.

moins dans le but de protéger les personnes en situation de handicap contre la discrimination sur le lieu de travail qui relève de la compétence territoriale de la Suisse, y compris dans les relations de travail entre particuliers et entreprises privées⁷⁹. Bien qu'à la discrimination liée au handicap sur un lieu de travail sur le territoire national de la Suisse ne reflète seulement qu'une très petite partie de la gamme de préoccupations liées au domaine des « entreprises et droits humains », ces obligations démontrent qu'il est possible d'identifier au moins certaines obligations contraignantes astreignant la Suisse à adopter une législation supplémentaire pour protéger les individus contre des atteintes aux intérêts juridiquement protégés découlant des droits humains qui sont causées par les activités de l'entreprise. Il est également important de souligner que l'imposition d'exigences de diligence raisonnable doit être distinguée de l'exercice de la compétence extraterritoriale.⁸⁰

Cela dit, il demeure évident que l'identification des obligations spécifiques à légiférer s'avère être une entreprise peu aisée – du moins pour l'instant. La prochaine section discute l'évolution normative future de ce débat.

C. Perspectives

Certaines juridictions influentes ont commencé à introduire ou au moins à débattre des obligations contraignantes pour les entreprises transnationales. Ces développements sont décrits plus en détail notamment dans les contributions de Christine Kaufmann et de Liesbeth Enneking dans ce numéro. A titre illustratif, on peut mentionner l'adoption de la loi américaine dite « Loi Dodd-Frank ». Cette loi oblige les entreprises à déclarer si elles s'approvisionnent en minerais issus des zones affectées par les conflits⁸¹. En mai 2017, l'UE a adopté dans le même sens un règlement des « minerais de conflits »⁸² tandis qu'un amendement de 2014 de la directive comptable 2013/34/UE exige la divulgation de certaines infor-

AJP 2017 S. 930, 941

mations importantes relatives aux droits humains par les grandes entreprises transnationales⁸³. Huit parlements nationaux ont déposé une initiative à la Commission européenne selon laquelle l'UE devrait rendre les entreprises localisées dans l'Union responsables pour les abus des droits de l'homme⁸⁴. En outre, en juin 2016, le Conseil des affaires étrangères de l'UE a soutenu l'intention de la Commission de lancer un

⁷⁹ Qu'une nouvelle législation est nécessaire a également été la conclusion d'un avis juridique commandé par le gouvernement suisse. Walter Kälin et al., *Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz*, Berne 2008, 117 ; art. 27 al. 1 let. a de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées (entrée en vigueur pour la Suisse le 15 mai 2014 ; RS 0.109) exige que les États adoptent une législation pour interdire la discrimination sur la base du handicap.

⁸⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (n. 17), par. 33.

⁸¹ Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act du 21 juillet 2010, Pub.L. 111-203, H.R. 4173, Sec. 1502.

⁸² 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, JO L 130, 19.5.2017, Internet : <http://data.europa.eu/eli/reg/2017/821/oj> (consulté le 19.7.2017).

⁸³ Directive 2014/95/UE du parlement européen et du conseil du 22 octobre 2014 modifiant la Directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, J.O. L 330/1.

⁸⁴ European Coalition for Corporate Justice, NGOs welcome support of European Parliamentarians for duty of care legislation of EU corporations toward people affected by their activities, communiqué du 18 mai 2016, Internet : <http://corporatejustice.org/eu-duty-of-care-green-card-media-alert-18-may.pdf> (consulté le 19.7.2017).

plan d'action de l'UE sur la conduite responsable des entreprises.⁸⁵ En France, une nouvelle loi, adoptée en février 2017, astreint les grandes entreprises françaises à développer et publier des plans de vigilance pour les droits humains, l'environnement et les risques sociaux, applicable en France et à l'étranger⁸⁶. Après l'adoption d'une telle loi en France et considérant que les développements au sein de l'UE se poursuivent, les effets d'entraînement pourraient être attendus en Europe et potentiellement bien au-delà⁸⁷.

En outre, au niveau international, un groupe d'États a, en juillet 2015, commencé des négociations en faveur d'un traité contraignant sur les « entreprises et les droits humains »⁸⁸. Bien qu'il soit trop tôt pour spéculer sur la substance de cet éventuel futur traité, on peut prédire qu'un tel instrument contiendra des obligations législatives explicites et spécifiques afin de protéger contre les atteintes des entreprises transnationales⁸⁹.

V. Conclusion

En considérant les éléments d'une définition des obligations législatives internationales à la lumière du débat sur les « entreprises et les droits humains » en Suisse, cet article a démontré qu'il est encore difficile d'établir de façon univoque que l'absence relative d'une législation ciblée pour mettre en œuvre les obligations de protéger contre les violations des entreprises constitue un manquement à mettre en œuvre les obligations juridiques internationales. Pourtant, même s'il ne pouvait y avoir, à l'endroit de la Suisse, d'obligation législative spécifique à adopter une législation correspondant exactement aux suggestions faites par la coalition des ONG suisses, l'évaluation de la situation juridique actuelle établit qu'il n'y a pas de protection suffisante des intérêts juridiquement protégés en matière des droits humains contre les activités des acteurs privés. À tout le moins, il existe des obligations législatives internationales pour lutter contre la discrimination dans tous types d'emplois et les États doivent par ailleurs être en mesure d'expliquer comment leur système juridique actuel leur permet de protéger efficacement les droits humains contre les violations provenant des acteurs non-

⁸⁵ Council of the European Union, Outcome of Proceedings, Council Conclusions on Business and Human Rights, 20.6.2016, 10254/16, par. 6.

⁸⁶ Assemblée nationale française, Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, adoptée par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture, 29.11.2016 (texte adopté n°843), Internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/ta/ta0843.pdf> (consulté le 19.7.2017), art. 1 s.

⁸⁷ Pour d'autres exemples de législation nationale, voir L'initiative pour des multinationales responsables, Régulations des activités des multinationales : le contexte historique et international, Factsheet II, 2015, 2 s., Internet : http://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2015/04/KVI_Factsheet_2_F.pdf (consulté le 19.7.2017).

⁸⁸ Conseil des droits de l'homme, Élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, 25.6.2014, A/HRC/26/L.22/Rev.1.

⁸⁹ La publication suivante rassemble les options discutées : Jens Martens/Karolin Seitz, Der «Treaty-Prozess» bei den Vereinten Nationen über ein internationales Menschenrechtsabkommen zu Transnationalen Konzernen und anderen Unternehmen, Berlin/Bonn/New York 2016, 34 ss.

étatiques⁹⁰. Bien qu'il soit possible de conclure que la Suisse possède des obligations législatives dans le domaine des « entreprises et des droits humains », et qu'elle ne les a, en revanche, pas encore pleinement mises en œuvre, déduire la portée exacte de ces obligations législatives du droit des droits humains existant n'est au demeurant pas aisé. En tout état de cause, le droit international « demande aux États de jouer un rôle clé dans la régulation et de juger les activités des entreprises en matière

AJP 2017 S. 930, 942

de droits de l'homme de manière efficace »⁹¹. Cela dit, les États gardent une marge de manœuvre considérable dans la manière de poursuivre la pleine réalisation de leurs obligations internationales et, de ce fait, le législateur suisse continue de jouir d'une latitude significative dans la façon dont il cherche à mettre en œuvre les obligations de l'État de protéger les individus contre les préjudices pouvant découler des activités d'entreprises.

Dans ce contexte, il se dégage donc que la relation entre le droit international et les législateurs nationaux mérite plus d'attention de la part des juristes internationaux en général et dans le contexte de la question des « entreprises et des droits humains » en particulier. Les mesures législatives prises par les États pour mettre en œuvre leurs obligations juridiques internationales sont au cœur de l'interaction entre le droit international et les systèmes juridiques nationaux parce que la réalité du droit international « en action » dépend largement encore de législateurs nationaux dans la mise en œuvre et la modélisation de normes d'origine internationale. Si les hypothèses de base de la théorie du dédoublement fonctionnel de George Scelle sont plausibles (ce qu'elles sont à notre avis)⁹², le problème de l'identification et de la mise en œuvre des obligations législatives devient plus aiguë au fur et à mesure que la communauté internationale est interdépendante et au fur et à mesure que le droit international tente de répondre à des phénomènes d'un monde globalisé tels que des violations des droits humains par des sociétés transnationales.

Tout comme les juristes internationaux ont étudié les relations entre le droit international et les tribunaux nationaux⁹³, cet article a montré que l'exploration conceptuelle de la relation entre le droit international et les législateurs nationaux peut éclairer certains des problèmes pratiques liés à la nature décentralisée du droit international. En particulier, les recherches récentes sur le droit international devant les tribunaux nationaux ont souligné la nécessité d'examiner comment la division du travail entre l'international et le national a (ou n'a pas) évolué au fil du temps et les véritables conséquences pour les personnes affectées par les violations des droits

⁹⁰ Telle est également l'opinion des principes directeurs des Nations unies : les États devront évaluer leurs lois existantes en vue de combler les éventuelles lacunes ; Principes directeurs (n. 4), Principe 3 a) ; voir aussi n. 52 sur le critère justificatif appliqué par les organes de contrôle des Nations unies. En Suisse, un ancien conseiller national a demandé une « analyse systématique de lacunes ». À son tour, le Conseil national a accepté la demande, le résultat est le document produit en avril 2015 : Conseil fédéral, La responsabilité sociétale des entreprises (n. 30) ; Alec Von Graffenried, Une stratégie Ruggie pour la Suisse, Postulat 12.3503, soumis au Conseil national le 13 juin 2012, Internet : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20123503> (consulte le 19.7.2017) ; voir aussi Alec von Graffenried, Menschenrechte in Unternehmen: Mehr Transparenz über gesetzliche Lücken zum Schutz der Menschenrechte, NZZ du 21 janvier 2014, 16 ; voir aussi Kaufmann et al. (n. 29), N 86, recommandant une évaluation détaillée similaire aux exercices d'évaluation réalisés au Royaume-Uni, en Allemagne et au Danemark.

⁹¹ HCDH (n. 59), traduit de l'anglais.

⁹² Georges Scelle, Précis de droit des gens : Principes et systématique, Paris, 1932 ; Antonio Cassese, Remarks on Scelle's Theory of Role Splitting (dédoublement fonctionnel) in International Law, EJIL (1) 1990, 210 ss. Un État établit son ordre interne et participe simultanément à la communauté internationale, que le droit de l'État contribue à façonner et à mettre en œuvre.

⁹³ La recherche sur l'application du droit international devant les tribunaux nationaux est fondée sur l'hypothèse sous-jacente que la compétence et l'exécution internationales restent limitées et les organes nationaux gardent un rôle de premier plan dans le développement élaboré de la réalité du droit international.



humains. Dans le domaine des « entreprises et des droits humains », les législateurs nationaux demeurent au final les principaux « ingénieurs » de la réalité empirique du droit international et sont chargés de jouer un rôle central dans la concrétisation de la promesse résultant des obligations des États de protéger les individus contre les atteintes provenant des acteurs non-étatiques.

Nutzung ausschliesslich
zu universitären Zwecken