

Négoce suisse de matières premières et droits de l'homme :
de la diligence volontaire à la responsabilité délictuelle

MEMOIRE

présenté

par

Audrey Eigenmann

sous la direction du Docteur

Nicolas Bueno

Lausanne, le 18 décembre 2018

Table des matières

Table des abréviations	II
Introduction.....	1
1. Négoce suisse de matières premières et droits de l'homme	2
1.1 Importance du secteur du négoce de matières premières en Suisse.....	2
1.1.1 La Suisse, patrie des négociants.....	2
1.1.2 Profil des entreprises du secteur du négoce de matières premières	4
1.2 Impact du secteur du négoce de matières premières sur les droits de l'homme	6
1.2.1 Impacts potentiels identifiés par le secteur suisse du négoce des matières premières.....	6
1.2.2 Etude de cas de violations des droits de l'homme et de l'environnement par l'industrie.....	7
1.2.2.1 Trafigura & la Côte d'Ivoire	8
1.2.2.2 Argor & la République démocratique du Congo.....	10
2. Le cadre juridique en matière d'entreprises et de droits de l'homme	11
2.1 Le standard international de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme	11
2.2 Développement du cadre juridique suisse non-contraignant.....	14
2.2.1 Elaboration du Guide destiné au secteur du négoce de matières premières	14
2.2.2 Champ d'application, structure et contenu matériel du Guide.....	15
2.3 Développement du cadre juridique suisse contraignant.....	18
2.3.1 L'initiative populaire fédérale pour des multinationales responsables	18
2.3.2 Le contre-projet indirect.....	19
2.3.2.1 Le devoir de diligence.....	20
2.3.2.2 La responsabilité délictuelle	22
3. Conséquences des développements juridiques en matière de droits de l'homme pour le secteur du négoce de matières premières	23
3.1 Approches et impacts des développements juridiques suisses.....	23
3.1 Champ d'application	24
3.2 Devoir de diligence	26
3.3 Responsabilité délictuelle	28
3.4 Convergences, divergences ou complémentarité ?	28
Conclusion	30
Bibliographie.....	XXXII
Remerciements.....	XXXVI

Table des abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
BNS	Banque nationale suisse
CAJ-E	Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats
CAJ-N	Commission des affaires juridiques du Conseil national
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CETIM	Centre Europe-Tiers Monde
ch.	chapitre
CHF	francs suisse
CO	Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 (RS 220)
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFER	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFF	Département fédéral des finances
édit.	éditeur(s)
etc.	eccetera
FNI	Front nationaliste et intégrationniste
<i>ib.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	<i>idem</i> (le même auteur et le même ouvrage)
IHRB	Institute for Human Rights and Business
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (RS 291)
n ^{o(s)}	numéro(s)
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (l'œuvre indiquée)
p.	page
pp.	pages
P-CC	Projet de Code civil
P-CO	Projet de loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)
phr.	phrase
P-LDIP	Projet de loi fédérale sur le droit international privé
PIB	produit intérieur brut

PME	petites ou moyennes entreprises
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations unies
SA	société anonyme
Sàrl	société à responsabilité limitée
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
s.	suivante
ss	suivantes
STSA	Swiss trading and shipping association (Association suisse de négoce de matières premières et de transport maritime)
TRIAL	Track Impunity Always
USD	United States dollar

Introduction

« I am under no illusion that the conclusion of my mandate will bring all business and human rights challenges to an end. But Council endorsement of the Guiding Principles will mark the end of the beginning. »¹. Tels étaient les mots de John Ruggie, à l'époque Représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour les droits de l'homme et les sociétés transnationales, le 31 mai 2011. Ces mots furent prononcés lors de sa présentation auprès du Conseil des droits de l'homme des Nations unies d'un projet de normes pour les sociétés transnationales.

Ce projet de normes est aujourd'hui devenu un standard international et incontesté « les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » accepté presque universellement et par tous les acteurs concernés : les gouvernements, l'économie et la société civile. John Ruggie avait raison. Ce n'était effectivement que la fin du début puisque ces principes, bien qu'ayant été adoptés en tant que principes juridiquement non contraignants, ont servi de fil conducteur et se sont rapidement retrouvés intégrés dans de nombreuses réglementations et standards internationaux, régionaux et même nationaux.

La Suisse fait partie des pays qui reconnaissent la valeur et la portée des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. En effet, en exécution du postulat 12.3503 « Une stratégie Ruggie pour la Suisse », le Conseil fédéral a adopté, en 2016, un rapport ainsi qu'un Plan d'action national visant à mettre en œuvre les Principes directeurs de l'ONU². L'objectif du Plan d'action national est de mener les entreprises suisses à respecter les droits de l'homme y compris à l'étranger.

Dans l'intervalle et suite à l'intérêt croissant pour celui-ci, la Suisse s'est intéressée de plus près au secteur du négoce de matières premières. Peu après le postulat 12.3503 « Une stratégie Ruggie pour la Suisse », celle-ci publie, en 2013, le rapport de base sur les matières premières mettant en exergue l'importance de l'industrie au niveau national et international mais aussi les nombreux défis liés à celle-ci³. Le rapport aborde également la responsabilité sociétale des entreprises du secteur et leur reconnaît une responsabilité particulière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement lorsque celles-ci agissent dans des pays en voie de développement fragiles et dont l'Etat de droit est faible. A cette fin, le rapport adopte, entre autres, la Recommandation n°11 visant à l'élaboration de propositions de standards et de mécanismes de mise en œuvre destinés au secteur du négoce de matières premières en matière de responsabilité sociétale d'entreprises. Cette recommandation fera partie intégrante du Plan d'action national de 2016 visant à mettre en œuvre les principes Directeurs de l'ONU.

L'objectif de ce travail de master est de présenter les récentes mesures prises en Suisse en matière d'entreprises et de droits de l'homme s'appliquant aux acteurs du secteur du négoce de matières premières et d'apprécier les impacts de celles-ci sur ce secteur. Ce travail a également pour but de clarifier ainsi que de mener une réflexion sur l'articulation des mesures

¹ J. G. RUGGIE, *Presentation of Report to United Nations Human Rights Council*, Genève 2011.

² CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur la Stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Berne 2016.

³ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *Rapport de base : matières premières*, Berne 2013.

entre elles. A cette fin, et dans un premier temps, il s'agira de présenter le secteur suisse du négoce de matières premières, son histoire ainsi que son importance économique pour la Suisse. Nous aborderons également le profil des différentes entreprises qui composent cette industrie. Puis, toujours dans le cadre de cette première partie, les différents impacts négatifs potentiels et effectifs sur les droits de l'homme et l'environnement en lien avec l'activité du négoce seront exposés (Partie I). Dans un deuxième temps, après une brève introduction sur le cadre international en matière d'entreprises et de droits de l'homme, les différents développements juridiques suisses en la matière s'appliquant au secteur du négoce seront présentés (Partie II). Finalement, dans un troisième temps, nous analyserons l'impact de ces différents développements juridiques suisses en matière d'entreprises et de droits de l'homme pour le secteur du négoce de matières et nous terminerons avec une réflexion sur la complémentarité entre ceux-ci (Partie III).

1. Négoce suisse de matières premières et droits de l'homme

1.1 Importance du secteur du négoce de matières premières en Suisse

1.1.1 La Suisse, patrie des négociants

De l'arc lémanique au lac de Constance, la Suisse constitue l'une des places du négoce de matières premières les plus importantes à l'échelle mondiale. Le négoce de matières premières a son importance pour la Suisse mais aussi pour le monde entier : les négociants, en tant qu'intermédiaires entre marchés producteurs et marchés consommateurs, permettent la répartition des ressources entre les régions excédentaires et celles dans le besoin, assurant ainsi un certain équilibre entre l'offre et la demande. Sans les négociants, ces denrées ne seraient disponibles dans les pays à forte demande. Les matières premières concernées par le négoce sont l'énergie comme le pétrole, le gaz, le charbon et l'électricité, les métaux et les minerais et enfin, les produits agricoles tels que les céréales, le sucre, le café, les huiles végétales et le soja⁴. Les entreprises actives dans ce secteur se spécialisent soit dans le négoce, soit dans l'extraction de ces ressources ou encore dans la chaîne de production ; c'est à dire de l'extraction au négoce, en passant par la logistique. De plus, le négoce de matières premières, ne se limitant pas à l'achat et la vente, englobe également le financement et le transport (maritime ou autres) des dites matières premières, le stockage ou le contrôle de qualité de celles-ci. C'est pourquoi un certain nombre d'entreprises, non actives dans le secteur, gravitent autour de celui-ci comme les banques spécialisées dans le financement du commerce, les sociétés d'inspection des marchandises, les compagnies de transport maritime, les assurances, les études d'avocats ou encore certaines fiduciaires et consultants⁵.

La Suisse représente plus d'un tiers du *commerce de transit*⁶ mondial des matières premières principales du marché, c'est à dire le pétrole, les métaux et denrées alimentaires⁷. Si elle a pour réputation d'être la « plaque tournante du commerce des matières premières », c'est tout

⁴ SWISSBANKING, *La Suisse, place de négoce de matières premières*, Bâle 2013, p. 7.

⁵ *Id.*, p 8.

⁶ BANQUE NATIONALE SUISSE, *Balance des paiements et position extérieure de la Suisse 2017*, Zürich 2018, p. 10, selon la Banque nationale suisse, le commerce de transit comprend « les échanges de marchandises dans lesquels une entreprise résidente achète des marchandises à une entité non résidente et les revend à une entité non résidente sans que ces marchandises ne franchissent la frontière suisse ».

⁷ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES, *La Suisse et le négoce des matières premières : état des lieux et perspectives*, Berne 2016, p. 1.

simplement parce que les négociants helvétiques se contentent de les acheter à des fournisseurs étrangers et de les revendre à des clients étrangers sans même que celles-ci n'aient eu le temps d'atteindre le sol suisse. En effet, il a été admis que si le volume annuel du commerce de pétrole effectué depuis la Suisse était livré sur le territoire helvétique, il couvrirait la consommation nationale pendant 75 ans⁸. Cette constatation démontre clairement que les opérations commerciales effectuées sur sol suisse n'ont pas pour finalité la consommation helvétique mais bel et bien le trafic de transit.

Historiquement, le commerce de transit de matières premières est une longue tradition helvétique née au 18^{ème} siècle. Cependant, même si la Suisse a été le nid de plusieurs maisons de négoce au cours du 18^{ème} et 19^{ème} siècles, c'est surtout grâce à la venue des entreprises étrangères qu'elle s'est imposée en tête du classement du marché du négoce de matières premières⁹. Du fait de sa stabilité politique, de sa sécurité juridique, de sa neutralité ou encore grâce à sa compétitivité internationale au niveau fiscal, la Confédération a su attirer les puissantes Cargill (Genève) ou Phibro (Zoug) et nombre de leurs consœurs ou concurrentes. De plus, c'est également grâce à ces sociétés étrangères que certaines sociétés suisses ont vu le jour : le créateur de la multinationale, Glencore, n'est autre qu'un ancien employé de Phibro¹⁰. Le canton de Zoug a vu naître ces firmes actives dans le négoce tandis que Zurich et Lucerne les ont accueillies. Toutefois, Genève s'impose actuellement en tant que centre du commerce international du négoce de matières premières¹¹.

L'évolution de la Suisse en tant que place centrale du négoce fut exponentielle. Désormais, parmi les douze principales entreprises suisses, cinq au moins sont des sociétés actives dans le négoce¹². En 2008, le commerce des matières premières a autant contribué au revenu national helvétique que le secteur des machines. En 2010, le secteur du négoce de matières premières aurait dépassé le secteur bancaire et aurait contribué plus largement que le tourisme au PIB de la Suisse, soit plus de 3%. Un tiers du pétrole échangé sur le marché globalisé est acheté et vendu à Genève. De plus, les deux tiers des opérations commerciales internationales sur les métaux de base tels que le zinc, le cuivre ou l'aluminium ont lieu en Suisse. Le négoce de métaux précieux est également important, à la différence que ceux-ci entrent souvent physiquement sur le territoire et sont enregistrés par les douanes suisses. 70% de l'or mondial serait raffiné en Suisse. En ce qui concerne le commerce des matières premières agricoles, les deux tiers du négoce international des céréales, plus de la moitié du négoce de café, la moitié du négoce du sucre et la majeure partie du négoce de coton sont gérés par des sociétés ayant leur siège en Suisse¹³. Enfin, plus de 500 sociétés seraient impliquées dans ce domaine¹⁴.

Puisque les négociants suisses achètent des marchandises à des fournisseurs étrangers et les revendent directement à des clients étrangers, celles-ci n'entrent presque jamais physiquement en Suisse et correspondent aux opérations commerciales dites de transit¹⁵. Ainsi, les chiffres

⁸ Déclaration de Berne (édit.), *SwissTrading SA : La Suisse, le négoce et la malédiction des matières premières*, Lausanne 2011, p. 30.

⁹ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 7 s.

¹⁰ Déclaration de Berne (édit.), *op. cit.*, p. 14.

¹¹ *Id.*, p. 28.

¹² DEPARTEMENT DES AFFAIRES REGIONALES, DE L'ECONOMIE ET DE LA SANTE DE LA REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, *Conseil stratégique de la promotion économique (CSPE) : négoce des matières premières*, Genève 2012, p. 8.

¹³ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES, *op. cit.*, p. 1 s.

¹⁴ V. GOGNIAT, *En Suisse, des centaines de PME du négoce vivent dans l'ombre*, 2015.

¹⁵ Voir *supra* note n°7, p. 3.

exposés sur l'industrie du négoce ci-dessus ne proviennent pas des statistiques commerciales établies par l'Administration fédérale des douanes¹⁶. En effet, seule la Banque nationale suisse (BNS) constitue une source officielle de statistiques annuelles sur le secteur du négoce des matières premières. Celle-ci enregistre les exportations qui comprennent le commerce de transit de produits non transformés. De ce fait, ces chiffres ne tiennent pas compte des opérations commerciales sur le pétrole puisqu'il y a raffinage. Néanmoins, les transactions sur les matières premières composant majoritairement le commerce de transit, nous pouvons admettre que les statistiques publiées par la BNS constituent une source représentative du secteur du négoce de matières premières en Suisse¹⁷.

Ainsi, les statistiques de la BNS montrent que les recettes nettes générées par le secteur des matières premières en Suisse ont été multipliées par plus de quatorze, entre 2001 et 2011, approchant les 20 milliards de francs¹⁸. Cette explosion s'expliquerait, d'une part, par la venue de nombreuses sociétés étrangères actives dans le négoce et, d'autre part, grâce à l'activité croissante des sociétés déjà présentes sur le territoire helvétique¹⁹. Les données de la BNS, en plus de faire part de la croissance du secteur du négoce de matières premières, identifient les différents domaines constituant l'activité principale de ces entreprises de négoce. On y retrouve l'énergie, en première place, les métaux et minerais, puis les produits agricoles et forestiers suivis des autres matières premières²⁰. En 2011, le total des revenus du commerce de transit générés à l'étranger a même dépassé le PIB total de la Suisse atteignant ainsi les 763 milliards de francs²¹.

1.1.2 Profil des entreprises du secteur du négoce de matières premières

En 2013, l'Administration fédérale a apporté plus de transparence sur le secteur du négoce de matières premières grâce à la publication d'un rapport intitulé « rapport de base : matières premières ». Celui-ci met également en lumière les défis liés à ce secteur et apporte des recommandations²². Depuis la publication du rapport de base sur les matières premières, trois rapports consécutifs sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations ont été publiés annuellement²³.

Le rapport de base de 2013 sur les matières premières affirmait que le secteur du négoce de matières premières regroupait 500 entreprises actives et 10'000 employés²⁴. Toutefois, aucune donnée, à quelques exceptions près, n'existait sur le profil de l'industrie suisse du négoce de matières premières. Suite à cet intérêt croissant pour celle-ci et dans le but de permettre plus

¹⁶ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES, *op. cit.*, p. 4.

¹⁷ Déclaration de Berne (édit.), *op. cit.*, p. 30 s., selon la BNS, le commerce de transit était composé à 94% du commerce de matières premières en 2009.

¹⁸ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 9.

¹⁹ Déclaration de Berne (édit.), *op. cit.*, p. 31.

²⁰ *Id.*, p. 32.

²¹ ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES, *op. cit.*, p. 5.

²² DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, accessible sur le site internet de la Confédération : « <https://www.admin.ch/gov/fr/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-48319.html> ».

²³ Les trois rapports consécutifs sur l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations peuvent être téléchargés sur le site de la Confédération suisse : « https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Rohstoffe.html ».

²⁴ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 1.

de visibilité sur celui-ci, l'Université de Genève et l'association STSA²⁵ ont publié, en mars 2017, le « Commodity trading monitoring report » ayant pour but d'apporter un premier aperçu sur le secteur en présentant les résultats d'une enquête inédite²⁶. Le questionnaire a été envoyé à 496 entreprises actives dans le secteur en Suisse²⁷.

D'après les résultats du questionnaire, l'industrie du négoce de matières premières employait plus de 35'000 personnes en 2016²⁸. 42,9% de ces entreprises sont des micro-entreprises (1-10 employés), 30,5 % d'entre elles sont des petites entreprises (11-50 employés), 17% sont des moyennes entreprises (51-100 employés) et 10,1% sont des entreprises dites « larges » (101-300 employés). Ainsi, plus de 80% des sociétés suisses questionnées emploient moins de 100 employés. De plus, trois quarts des compagnies ayant leur siège international en Suisse, soit plus de 50% des entreprises questionnées²⁹, emploient moins de 500 employés dans le monde. Enfin, plus de la moitié d'entre elles ont moins de 100 employés dans le monde³⁰. Concernant le financement de ces entreprises, 65,3% d'entre elles sont principalement financées par les banques tandis que moins de 20% ont recours à un autre type de financement³¹.

Les sociétés questionnées ont pour principale activité le négoce (80% d'entre elles en Suisse et 75% dans le monde entier)³². La seconde activité la plus importante est le financement du commerce suivi du courtage. Aucune des sociétés ayant répondu au questionnaire n'a déclaré avoir pour activité principale l'exploration, la production ou l'exploitation minière et seules 4,9% participent à la transformation ou au raffinage des matières premières à l'étranger.

Quant au chiffre d'affaires de ces sociétés, celui-ci se situerait entre 623'000 USD et 101'502 millions USD avec une moyenne de 5'671 millions USD³³. En regroupant les entreprises du secteur d'après le type de matières premières négocié, soit l'agriculture, l'énergie et les métaux³⁴, le chiffre d'affaires de chacun de ces groupes montre des différences considérables. L'énergie est en tête du classement avec un chiffre d'affaires de plus de 24'000 millions USD suivie de l'agriculture (presque 3'000 millions USD) et, enfin, les métaux (presque 2'000 millions USD)³⁵.

Bien que cette étude apporte plus de transparence sur le secteur suisse de négoce de matières premières, celle-ci a également démontré ses limites. Le manque de données sur le secteur du

²⁵ L'Association suisse de négoce de matières premières et de transport maritime (STSA), créée en 2006, est une organisation à but non lucratif et apolitique. Elle représente les intérêts des acteurs du secteur du négoce et du transport maritime, des banques marchandes et des entreprises de services affiliées. Site officiel : <https://stsa.swiss>

²⁶ N. EGGERT, *Commodity trading monitoring report*, Genève 2017, p. 1.

²⁷ *Id.*, p. 3, les sociétés sélectionnées sont des sociétés dont l'activité principale est le négoce de matières premières dans les marchés internationaux et celles qui sont impliquées dans des activités liées (ex : trade financing).

²⁸ *Id.*, p. 1, l'étude parle de « *direct jobs* », soit lorsque les sociétés de l'industrie du négoce emploient directement ces travailleurs. Le secteur lui-même génère également d'autres emplois dits « secondaires » en rapport avec leur activité.

²⁹ *Id.*, p. 8

³⁰ *Id.*, p. 7.

³¹ *Id.*, p. 12.

³² *Id.*, p. 9.

³³ *Id.*, p. 12 s.

³⁴ *Id.*, p. 14, l'agriculture comprend les graines, le fourrage, les graines oléagineuses et les huiles végétales, le riz, le café, le sucre, le coton, le bétail et d'autres matières premières agricoles. L'énergie rassemble le pétrole brut, les produits raffinés, les produits pétrochimiques, le gaz, l'électricité, les émissions de CO² et autres. Les métaux sont composés des métaux ferreux et non ferreux, des métaux précieux et d'autres types de métaux.

³⁵ *Ib.*

négoce des matières premières a rendu le questionnaire complexe en voulant répondre à plusieurs objectifs différents. En conséquence, le questionnaire ne pouvait être complété par une seule personne de l'organisation vu que les compétences de différents départements étaient nécessaires³⁶. Cette difficulté eut un impact sur l'obtention de données et bien évidemment sur le taux de réponse. Néanmoins, cette étude, en plus de démontrer une nouvelle fois le peu d'informations disponibles, est un premier pas vers la collecte d'informations et de données sur le secteur du négoce de matières premières, un secteur encore peu connu du grand public, et permet de mieux connaître sa structure.

1.2 Impact du secteur du négoce de matières premières sur les droits de l'homme

1.2.1 Impacts potentiels identifiés par le secteur suisse du négoce des matières premières

Dans le cadre du « Commodity trading monitoring report » publié par l'université de Genève et STSA³⁷, une partie du questionnaire était consacrée aux droits de l'homme. Celle-ci fut publiée séparément par l'Institute for Human Rights and Business (IHRB)³⁸ dans une étude cartographique de l'industrie du négoce de matières premières dans le cadre de la publication d'un Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières.

Cette industrie est, comme nous le savons, très hétérogène et diversifiée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le secteur regroupe des entreprises de toute taille qui négocient un panel de matières premières différentes. De plus, dépendant de la matière première négociée, la chaîne d'approvisionnement sera plus au moins longue. En effet, certaines matières premières nécessitent d'être raffinées complexifiant ainsi la chaîne d'approvisionnement. Enfin, les négociants entretiennent des relations commerciales avec une variété de partenaires tels que des banques, des affréteurs, des transporteurs, etc. Bien que certains partenaires commerciaux s'efforcent de respecter les droits de l'homme, d'autres peuvent causer ou contribuer aux divers impacts négatifs, comme le négoce de matières premières illégales et, de ce fait, aider au financement de guerres, d'activités militaires ou de terrorisme. D'autres peuvent contribuer à la revente de résidus de mauvaise qualité provenant du raffinage de certaines matières premières dans des pays n'ayant aucune réglementation quant à l'achat ou l'utilisation de tels résidus souvent toxiques pour la santé. En conséquence, l'activité du négoce peut entraîner un grand nombre de risques différents pour les droits humains que les entreprises questionnées ont tenté d'identifier lors de ce questionnaire³⁹.

Pour les sociétés du secteur, ce sont les étapes de la production de la matière première, de l'extraction de la matière première ou le mouvement de celle-ci tout au long de la chaîne d'approvisionnement qui constituent les risques les plus importants pour les droits de l'homme⁴⁰. La production de matières premières peut avoir des conséquences sur

³⁶ *Id.*, p. 2.

³⁷ Voir *supra* 1.1.2, p. 4.

³⁸ Fondée en 2009, l'IHRB est le groupe de réflexion international principal en matières d'entreprises et de droits de l'homme. Sa mission réside dans l'établissement de directives, l'avancement de la pratique et le renforcement de la responsabilité afin d'ancrer le respect des droits humains dans les activités commerciales quotidiennes. Site officiel : <https://www.ihrb.org>.

³⁹ INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS & BUSINESS, *The Swiss Commodities Trading Industry : a Mapping Study*, Londres 2017, p. 13.

⁴⁰ *Id.*, p. 15.

l'environnement des travailleurs, notamment sur leurs conditions de travail, leur santé et leur sécurité mais aussi sur le travail forcé des enfants. Celle-ci peut aussi endommager l'environnement par la déforestation, l'utilisation de pesticide, l'excès d'utilisation d'eau ou sa pollution mais aussi par la pollution de l'air ou l'épuisement des sols. Le mouvement des marchandises tout au long de la chaîne d'approvisionnement entraîne aussi des impacts négatifs sur les conditions de travail et sur l'environnement, notamment par le transport, l'affrètement, le chargement ou le déchargement ou encore par la livraison de marchandises. Ces différentes étapes ont souvent pour conséquences le déversement de polluants et de déchets, le transport d'espèces envahissantes, les accidents de navigation, l'augmentation du trafic marin ou l'émission de gaz à effets de serre et peuvent également entraîner des expropriations de terres empêchant ainsi aux petits exploitants ou aux producteurs locaux d'avoir accès à des terres et diminuant considérablement la possibilité pour les communautés locales de subvenir à leurs besoins⁴¹. Ces mêmes impacts potentiels négatifs sur les droits de l'homme peuvent être causés par l'achat et la vente physiques de matières premières⁴².

Enfin, l'activité de négoce de manière générale contribue à la volatilité des prix, ce qui présente un risque non négligeable pour les petits producteurs et pouvant entraîner des bas revenus ou même la pauvreté. De plus, celle-ci peut conduire à la hausse des prix de la nourriture ou à sa pénurie, obligeant les pays à prendre des mesures drastiques comme interdire l'exportation d'un bien⁴³.

Bien que cette liste d'impacts potentiels négatifs sur les droits humains et l'environnement ne soit exhaustive, le questionnaire a permis d'obtenir des acteurs mêmes de cette industrie leur perception quant aux impacts potentiels négatifs que leurs activités peuvent engendrer au quotidien sur les droits humains et d'avoir un aperçu sur les défis liés à ce secteur.

1.2.2 Etude de cas de violations des droits de l'homme et de l'environnement par l'industrie

Le 13 septembre dernier, deux organisations de développement suisses publièrent une analyse sur l'implication des multinationales suisses dans les violations des droits de l'homme. De 2012 à 2017, Pain pour le prochain⁴⁴ et Action de Carême⁴⁵, deux organisations non gouvernementales, se sont intéressées aux activités étrangères de nos entreprises apparaissant à la une des journaux. Celles-ci ont collecté des cas provenant de médias suisses et internationaux, de bases de données, de recherches et de rapports publiés par des organisations non gouvernementales suisses et internationales afin de les analyser. Cette base est constituée de cas ou d'allégations de violations des droits humains et/ou de pollutions environnementales connus et documentés⁴⁶. En conséquence, nombreuses atteintes ou violations des droits de l'homme ne sont donc pas prises en compte faute d'être documentées ou tout simplement connues.

⁴¹ *Id.*, pp. 15 s. et 49 s.

⁴² *Id.*, pp. 15 s. et 50.

⁴³ *Id.*, pp. 16 et 51.

⁴⁴ Fondée en 1971, Pain pour le prochain est une fondation caritative suisse qui s'engage au Nord comme au Sud pour une transition vers de nouveaux modèles agricoles et économiques. Site officiel : <https://painpourleprochain.ch>.

⁴⁵ Fondée en 1961, Action de Carême est une association d'œuvre d'entraide des catholiques en Suisse et qui promeut des changements sur le plan social, culturel, économique et individuel afin de favoriser des dynamiques de transformation vers un mode de vie durable. Site officiel : <https://actiondecareme.ch>.

⁴⁶ PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CAREME, *Des multinationales suisses violent régulièrement les droits humains*, Lausanne 2018, p. 4.

Selon cette analyse, une multinationale suisse est impliquée presque chaque mois dans des violations des droits humains ou des normes environnementales à l'étranger. Elle révèle qu'en six ans et ce, pour soixante-quatre cas d'atteinte aux droits humains ou à l'environnement, trente-deux entreprises suisses y seraient impliquées⁴⁷. Parmi ces trente-deux entreprises, dix-neuf d'entre elles (29%) sont actives dans le secteur du négoce de matières premières. Ainsi, les multinationales des matières premières se retrouvent en tête du classement et plus particulièrement Glencore, géant suisse des matières premières⁴⁸.

En effet, l'entreprise s'est retrouvée, au cours de ces dernières années, mêlée à plusieurs affaires de violations des droits de l'homme et de l'environnement. Nous pouvons citer, par exemple, l'implication de Glencore en Zambie où l'émission du dioxyde de soufre provenant d'une mine a provoqué un mort et dont la responsabilité civile a été établie par les tribunaux zambiens⁴⁹. L'entreprise est également accusée de pollution de l'environnement et d'atteintes au droit à la santé causés par l'activité des mines qu'elle détient en République démocratique du Congo⁵⁰. La multinationale s'est même vue dénoncée, cette année, lors du Conseil des droits de l'homme pour violations des droits de l'homme des travailleurs en lien avec ses activités minières en Afrique, en Amérique du Sud et en Australie⁵¹. Bien que ces cas soient importants en matière de responsabilité sociétale d'entreprise, ceux-ci ne seront pas abordés de manière détaillée puisqu'ils relèvent, comme nous l'expliquerons au cours de ce travail, de l'extraction de matières premières⁵².

1.2.2.1 Trafigura & la Côte d'Ivoire

Dans le classement des entreprises portant atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement à l'étranger, nous retrouvons également les multinationales suisses Trafigura et Argor-Heraeus. En 2006, le PROBO KOALA, navire affrété par la société Trafigura⁵³, a déchargé 528m³ de déchets, hautement toxiques, provenant des cuves dans une dizaine de sites à forte densité de population et notamment dans la décharge publique d'Akouédo, seule décharge d'Abidjan. Suite au déversement des déchets à Abidjan, la population à proximité des sites de déchargement ont commencé à souffrir de diverses pathologies (nausées, diarrhées, vomissements, difficultés respiratoires, maux de tête, lésions cutanées et troubles digestifs)⁵⁴. Ces déchets, hautement toxiques, ont dégagé des gaz mortels entraînant, ainsi, 17 morts et plus de 100'000 personnes intoxiquées⁵⁵. Suite à cet événement, plusieurs personnes dont le représentant d'une filiale de Trafigura en Côte d'Ivoire et le co-fondateur ainsi qu'un des directeurs de Trafigura furent arrêtés à Abidjan. Début 2007, le Gouvernement de la Côte d'Ivoire et Trafigura ont signé un accord à l'amiable dans lequel la société s'engage à verser

⁴⁷ Les médias relatent l'analyse faite par Pain pour le prochain et Action de Carême. L'article de la RTS sur le sujet est disponible ici : [«https://www.rts.ch/info/suisse/9840110-des-multinationales-suissees-violeraient-regulierement-les-droits-humains.html»](https://www.rts.ch/info/suisse/9840110-des-multinationales-suissees-violeraient-regulierement-les-droits-humains.html).

⁴⁸ PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CAREME, *op. cit.*, p. 1 s.

⁴⁹ N. BUENO, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : état de la pratique en Suisse*, in : *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme*, PJA 8/2017 p. 1020.

⁵⁰ PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CAREME, *Glencore en RD Congo : une diligence raisonnable incomplète*, Lausanne 2018, p. 3 ss.

⁵¹ CENTRE EUROPE-TIERS MONDE, *Written statement*, Genève 2018.

⁵² Voir 2.2.2, p. 15 s.

⁵³ FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *L'affaire du "Probo Koala" ou la catastrophe du déversement des déchets toxiques en Côte d'Ivoire*, Paris 2011, p. 9, la société Trafigura est une entreprise suisse dont le siège social se trouve à Lucerne, l'adresse fiscale à Amsterdam et le centre opérationnel à Londres.

⁵⁴ <https://www.business-humanrights.org/fr/résumé-du-procès-trafigura-côte-d'ivoire-0>

⁵⁵ FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *op. cit.*, p. 5.

la somme définitive de 95 milliards de Francs CFA (environ 153 millions d'euros) au Gouvernement ivoirien pour la réparation des préjudices subis par la Côte d'Ivoire et les victimes ainsi que le remboursement des frais de dépollution. Par cet accord, la Côte d'Ivoire a accepté d'abandonner toute poursuite ou réclamation contre Trafigura, maintenant ou à l'avenir, et a libéré les personnes détenues le lendemain de l'accord. A l'issue de la procédure pénale, les représentants de Trafigura et de sa filiale en Côte d'Ivoire ont fait l'objet d'une décision de non-lieu, ce qui aura pour conséquence de les libérer définitivement de toute accusation⁵⁶.

Au Pays-Bas, en 2006, le parquet néerlandais a ouvert une enquête sur les conditions dans lesquelles les déchets, après avoir été déchargés lors de l'escale du PROBO KOALA au port d'Amsterdam, ont pu être rechargés à bord du navire, en contravention des lois néerlandaises et conventions européennes. A l'issue de la procédure, en 2010, le Tribunal d'Amsterdam a reconnu la responsabilité de Trafigura et l'a condamnée à verser 1 million d'euros d'amende. Toutefois, la procédure néerlandaise a porté uniquement sur les événements qui se sont déroulés à Amsterdam et non sur ce qui s'était passé après le départ du PROBO KOALA, soit le déversement des déchets toxiques non traités en Côte d'Ivoire⁵⁷.

En novembre 2006, une plainte collective est également déposée par près de 300'000 victimes ivoiriennes auprès de la Haute Cour de Justice de Londres contre Trafigura pour le déversement des déchets toxiques. Selon les plaignants, les déchets déversés étaient des déchets dangereux tels que définis par la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Cependant, Trafigura a affirmé qu'il s'agissait de déchets standards résultant d'une opération à bord du navire (« slops » tels que définis par la Convention internationale pour la prévention de la pollution par les navires) et a donc nié la toxicité de ceux-ci. D'après la plainte déposée, la multinationale aurait transporté des produits chimiques non traités en Côte d'Ivoire tout en sachant que ce pays ne disposait pas d'installations nécessaires pour les traiter. A nouveau, Trafigura a nié toute responsabilité en déclarant qu'elle avait confié les déchets à Tommy, une compagnie ivoirienne créée quelques semaines avant l'arrivée du bateau. Ainsi, la société a soutenu qu'elle n'avait aucune raison de penser que Tommy ne disposerait pas des déchets toxiques de manière appropriée. En septembre 2009, suite à un accord à l'amiable conclu entre les parties, Trafigura a accepté de payer à chacun des 300'000 plaignants une somme estimée à 1500 USD en tant qu'engagement social et économique dans la région. En contrepartie, les victimes ont reconnu qu'il n'y avait aucun lien établi entre l'exposition aux produits émanant des déversements et les diverses maladies graves et chroniques enregistrées. Cet accord contenait également une clause de renonciation définitive à toute poursuite contre Trafigura⁵⁸.

L'implication de Trafigura dans le déversement des déchets toxiques en Côte d'Ivoire démontre qu'une société, bien qu'elle ait son siège en Suisse, peut causer directement par ses activités de négoce, plus particulièrement ici par le transport de résidus de matières premières, des atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement. Ce cas prouve que les impacts potentiels sur les droits humains et l'environnement identifiés par le secteur lui-même lors de l'étude cartographique existent⁵⁹. L'affaire Trafigura - Côte d'Ivoire est également importante car elle permet de mettre en évidence la complexité des acteurs impliqués dans l'activité du négoce : Trafigura BEHEER BV (Pays-Bas) affréteur du PROBO KOALA ; Puma Energy,

⁵⁶ *Id.*, p. 20 ss.

⁵⁷ <https://www.business-humanrights.org/fr/résumé-du-procès-trafigura-côte-d'ivoire-0>

⁵⁸ FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *op. cit.*, p. 41 ss.

⁵⁹ Voir 1.2.1, p. 6.

filiale de Trafigura à Abidjan ; WAIBS Shipping, coordinatrice des opérations de réception, de déchargement des eaux sales du navire PROBO KOALA ; Tommy, avitailleur maritime ayant reçu l'autorisation pour travailler dans le vidange, l'entretien et le soutage des navires au Port Autonome d'Abidjan ainsi que toutes les personnes sur place, au port d'Abidjan, qui ont participé au déversement des déchets tels que les douaniers, membres de la capitainerie, camionneurs, etc. En conséquence, le cas de Trafigura en Côte d'Ivoire appelle à la mise en place d'un cadre réglementaire de protection des droits humains et de l'environnement claire et effectif, puisqu'il semblerait que Trafigura ait choisi de déverser ses déchets en Côte d'Ivoire connaissant les faiblesses du pays en matière de traitements de ce genre de déchets. De plus, le cas montre la nécessité de clarifier la responsabilité d'une société mère pour les comportements illicites de sa filiale, ici, entre Trafigura et Tommy qui, après avoir reçu le mandat de décharger et traiter les déchets, a immédiatement sous-traité cette tâche à des camionneurs locaux qui ont eux-mêmes déversés ces déchets à Abidjan. En effet, il semblerait que le protocole transactionnel passé entre l'État ivoirien et la société Trafigura n'ait pas permis de sanctionner le comportement criminel de celle-ci, soit le fait qu'elle n'ait pas pris les précautions minimales et qu'elle ait confié à une société, qui a toute les apparences d'une société-écran, le « traitement » de déchets hautement toxiques, avec les conséquences que l'on connaît.

1.2.2.2 Argor & la République démocratique du Congo

En ce qui concerne la multinationale Argor-Heraeus, celle-ci fait l'objet d'une plainte pénale déposée par l'organisation suisse, Track Impunity Always (TRIAL), le 30 octobre 2013, auprès du Ministère public de la Confédération⁶⁰. La société suisse de raffinage est accusée d'avoir raffiné de l'or provenant d'une zone de conflit en République démocratique du Congo, entre 2004 et 2005⁶¹. TRIAL soutient que cet or a été pillé par un groupe armé illégal, le front nationaliste et intégrationniste (FNI) de la région Nord-Est de la République démocratique du Congo, région dont les luttes armées pour le contrôle de la richesse minérale ont donné lieu à de nombreuses violations des droits de l'homme. Le FNI aurait, par la suite, utilisé les bénéfices de la vente de cet or raffiné pour s'approvisionner en armes et financer ses opérations⁶².

Suite à cette plainte, le Ministère public a ouvert une enquête à l'encontre du vice-président de l'entreprise et, subsidiairement, à l'encontre de l'entreprise elle-même pour complicité de pillage en tant que méthode de guerre et blanchiment d'argent en lien avec ce crime de guerre. Celui-ci a rendu, le 10 mars 2015, une décision de classement⁶³. Le Ministère public affirme dans sa décision, que l'or raffiné par Argor provient très certainement de cette zone de conflit située à la frontière de la République démocratique du Congo et l'Ouganda et qu'il a été pillé⁶⁴. Celui-ci commence donc par examiner la complicité de pillage : bien qu'Argor contribuait aux crimes de guerre commis dans cette zone de conflit, rien ne laissait affirmer que les prévenues connaissaient les intentions du FNI. En effet, le Ministère public est parvenu à la conclusion que la société s'est fiée aux informations fournies par son client, soit au fait que l'or qu'il importait lui-même d'Ouganda provenait d'un commerçant reconnu par

⁶⁰ Fondée en 2002, TRIAL International est une organisation non-gouvernementale suisse qui lutte contre l'impunité des crimes internationaux et soutient les victimes dans leur quête de justice. Site officiel : <https://trialinternational.org/fr/>

⁶¹ Ministère public de la Confédération, *Einstellungsverfügung*, 1.

⁶² <https://www.business-humanrights.org/fr/affaire-argor-heraeus-rép-dém-du-congo>

⁶³ N. BUENO, *op. cit.*, p. 1022.

⁶⁴ Ministère public de la Confédération, *op. cit.*, 5.1.4.

cet Etat et dont l'activité était légale⁶⁵. Puis, le Ministère public analyse les accusations de blanchiment d'argent. Il constate qu'Argor avait adopté un règlement interne en accord avec la législation fédérale en matière de blanchiment d'argent et de commerce de métaux précieux concrétisant, ainsi, son devoir de diligence. Le règlement imposait une obligation de clarification en cas de doute sur l'origine de l'or. Dans un tel cas, les employés concernés se devaient de vérifier les déclarations faites par le client. Le Ministère public est arrivé à la même conclusion : Argor a demandé à son client l'origine de l'or et celui-ci lui a affirmé que l'or provenait d'une entreprise reconnue par l'Etat d'Ouganda⁶⁶. Pour le Ministère public, Argor n'a pas manqué à son devoir d'agir⁶⁷.

Le cas d'Argor en République démocratique du Congo montre comment l'activité d'une société suisse peut être directement liée, de par ses activités de raffinage, à un crime de guerre, ici le pillage, source de violations des droits de l'homme. Ce cas confirme à nouveau que les risques d'impacts identifiés sur les droits humains par l'industrie suisse du négoce⁶⁸ en lien avec leur activité sont bien réels. La Suisse, en tant que place du négoce des matières premières d'importance mondiale, abrite de nombreuses autres entreprises et multinationales actives dans le secteur. Dans une économie toujours plus globalisée, les questions de violations des droits de l'homme en lien avec leurs activités à l'étranger sont amenées à se reproduire. En conséquence, il est crucial que les conditions matérielles de responsabilité d'une entreprise pour ses activités à l'étranger qui ont des incidences sur les droits de l'homme soient clarifiées et que les autorités judiciaires n'aient plus, à l'avenir, à évaluer le comportement d'une entreprise de manière imprécise et aléatoire, faute de règles existantes claires⁶⁹.

2. Le cadre juridique en matière d'entreprises et de droits de l'homme

2.1 Le standard international de la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme

Avant de pouvoir présenter les développements en matière d'entreprises et de droits humains dans l'ordre juridique suisse, il est important de rappeler que ceux-ci sont la conséquence de la publication par l'ONU, en 2011, des « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence protéger, respecter et réparer »⁷⁰. Les Principes directeurs reconnaissent les obligations existantes qui incombent aux Etats de respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme et les libertés fondamentales ; le rôle dévolu aux entreprises en qualité d'organes spécialisés de la société remplissant des fonctions particulières, tenues de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme ; et la nécessité que les droits et obligations s'accompagnent des voies de recours appropriées et efficaces en cas de violation⁷¹.

Ceux-ci s'appliquent à tous les Etats ainsi qu'à toutes les entreprises commerciales, transnationales ou autres, peu importe leur taille, leur secteur, leur lieu d'implantation, leur

⁶⁵ *Id.*, 5.2.

⁶⁶ *Id.*, 6.3.

⁶⁷ *Id.*, 6.4.

⁶⁸ Voir *supra* 1.2.1, p. 6.

⁶⁹ N. BUENO, *op. cit.*, p. 1023.

⁷⁰ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Genève 2011.

⁷¹ *Id.*, p. 1.

régime de propriété ou leur structure. Toutefois, comme le texte le précise, ces principes sont non contraignants et n'instituent donc aucune nouvelle obligation en vertu du droit international⁷².

Parmi ces trois piliers, le deuxième est consacré à la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Ce deuxième pilier reflète également les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales⁷³. Les entreprises sont désormais tenues de respecter les droits internationalement reconnus au cours de leurs activités commerciales⁷⁴ et doivent éviter d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer de par leurs activités et y remédier lorsque cela se produit⁷⁵. De plus, il est attendu des entreprises qu'elles préviennent ou atténuent les incidences négatives sur les droits humains lorsque celles-ci sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales même si leur contribution n'est pas retenue⁷⁶. En conséquence, les Principes directeurs de l'ONU demandent aux entreprises de faire preuve de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans leurs activités.

La diligence raisonnable peut se diviser en trois étapes constitutives. Premièrement, l'identification et l'évaluation des incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme. Deuxièmement, le regroupement des constatations et la prise de mesures. Troisièmement, le suivi des mesures prises et le compte-rendu des remédiations aux incidences⁷⁷.

De manière générale, selon les Principes directeurs de l'ONU, cette responsabilité en matière de droits de l'homme commence par la rédaction d'une « déclaration de principe »⁷⁸ traduisant l'engagement de l'entreprise à s'acquitter de cette responsabilité⁷⁹. Puis, cette dernière peut procéder à la première étape de cette diligence raisonnable, soit l'identification et l'évaluation des incidences négatives effectives ou potentielles en recourant aux connaissances internes et externes en matières de droits de l'homme ou encore en consultant les groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés⁸⁰. Deuxièmement, les résultats de cette première étape doivent être pris en compte et faire l'objet de mesures

⁷² *Ib.*

⁷³ ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Paris 2011.

⁷⁴ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, p. 15 s., au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail. La Charte internationale des droits de l'homme se compose de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des principaux instruments par lesquels elle a été codifiée, soit le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Les droits fondamentaux au travail se composent de huit conventions : Convention sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948, Convention sur le droit d'organisation et de négociation collective de 1949, Convention sur le travail forcé de 1930, Convention sur l'abolition du travail forcé de 1957, Convention sur l'âge minimum de 1973, Convention sur les pires formes de travail des enfants de 1999, Convention sur l'égalité de rémunération de 1951, Convention concernant la discrimination (emploi et profession) de 1958.

⁷⁵ *Id.*, p. 16.

⁷⁶ *Id.*, p. 17.

⁷⁷ *Id.*, p. 20 ss.

⁷⁸ *Id.*, p. 19, les Principes directeurs utilisent le terme « déclaration » est utilisée de manière générale. Les entreprises ont la possibilité d'utiliser tout moyen leur permettant d'annoncer publiquement ses responsabilités, engagements et attentes.

⁷⁹ *Id.*, p. 18 s.

⁸⁰ *Id.*, p. 22 ss.

internes d'intégration⁸¹. Troisièmement, lorsque ces mesures internes ont été mises en place, un contrôle d'efficacité de celles-ci doit se faire par les entreprises⁸². Finalement, lorsque des incidences négatives se produisent, les entreprises sont encouragées à prendre des mesures de réparation ou à collaborer à leur mise en œuvre selon les procédures légitimes⁸³.

Suite à la publication des Principes directeurs de l'ONU, une nouvelle vague de réglementations a vu le jour en matière d'entreprises et de droits de l'homme, notamment au sein de l'Union européenne⁸⁴, en France⁸⁵, en Angleterre⁸⁶ ou encore aux Etats-Unis⁸⁷. Depuis 2016, l'implémentation dans l'ordre juridique des Principes directeurs est également devenue une réelle préoccupation des autorités suisses avec l'adoption du « Rapport et plan d'action national sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »⁸⁸.

Aujourd'hui, en 2018, les Principes directeurs de l'ONU représentent un standard international et incontesté, accepté presque universellement, en matière d'entreprises et de droits de l'homme. Ceux-ci ont été intégrés, par des mesures contraignantes, dans les ordres juridiques de plusieurs pays comme les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la France et même dans l'Union européenne⁸⁹. Aujourd'hui, bien que la Suisse mette en œuvre les Principes directeurs de l'ONU par le biais de son Plan d'action national, le droit suisse actuellement en vigueur ne contient aucune disposition explicite de respect des droits de l'homme et de l'environnement ni de responsabilité pour les entreprises. Cette constatation est également un fait dans la majorité des pays⁹⁰. Toutefois, le contre-projet, que nous aborderons au cours de ce travail, a pour objectif de pallier aux manquements actuels du droit en la matière en introduisant un devoir de diligence et une responsabilité des entreprises. De plus, en ce qui concerne le secteur du négoce des matières premières, l'existence du Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières permet de clarifier la diligence attendue des entreprises dans le secteur, ce qui n'était pas le cas au moment des affaires évoquées ci-dessus. Ainsi, les autorités disposent désormais d'un cadre de référence pour juger de la diligence d'une société de l'industrie du négoce. Toutefois, ces

⁸¹ *Id.*, p. 24 ss, les Principes directeurs de l'ONU font dépendre les mesures à prendre en fonction du degré d'implication de l'entreprise. Lorsqu'une entreprise cause ou peut causer une incidence négative sur les droits de l'homme, elle doit prendre des mesures nécessaires pour la prévenir ou la faire cesser. Lorsqu'elle contribue à une incidence négative sur les droits de l'homme, elle doit prendre des mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et user de son influence pour atténuer les incidences restantes dans la mesure du possible. Enfin, lorsqu'elle n'a pas contribué à une incidence négative sur les droits de l'homme mais que cette incidence est néanmoins directement liée à son activité, ses produits ou ses services par sa relation commerciale avec une autre entité, l'action appropriée doit être déterminée en fonction de chaque situation.

⁸² *Id.*, p. 26 s.

⁸³ *Id.*, p. 28 s.

⁸⁴ La nouvelle réglementation européenne sur les minéraux de conflits qui entrera en vigueur le 01 janvier 2021 peut être consultée ici : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R0821&rid=3>

⁸⁵ La loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre adopté en 2017 et entrée en vigueur en 2018 se trouve sous ce lien : « <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte> ».

⁸⁶ The UK Modern Slavery Act entrée en vigueur en 2015 est disponible sous ce lien : « <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> ».

⁸⁷ Section 1502 of the US Dodd Frank Act entré en vigueur en 2010 peut être consulté sous ce lien : « <https://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank/speccorpdisclosure.shtml> ».

⁸⁸ CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur la stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, Berne 2016.

⁸⁹ Voir *infra* 2.1, p. 14.

⁹⁰ CHRISTINE KAUFMANN, *Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung ?*, in : Revue Suisse de droit des affaires et du marché financier, RSDA 4/2018 p. 337.

mêmes autorités ne pourront se référer au Guide pour les questions de responsabilité puisque celui-ci n'en prévoit pas. La responsabilité des entreprises dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement ne sera donc clarifiée qu'avec le contre-projet, si ses dispositions sont adoptées et que la loi est effectivement modifiée.

Néanmoins, certains auteurs soutiennent que les Principes directeurs de l'ONU, en tant que standard de référence incontesté en matière de diligence raisonnable, sont directement applicables par les tribunaux suisses afin d'analyser la responsabilité civile d'une entreprise en cas d'atteintes aux droits de l'homme⁹¹. Dans le cadre de la responsabilité civile, selon les art. 41 ss CO, les conditions cumulatives du préjudice, de l'acte illicite, du lien de causalité et de la faute doivent être réunies. En cas de violation de droits de l'homme par une entreprise, l'acte illicite peut provenir de l'atteinte à un droit absolu telles que la vie, l'intégrité physique, la santé ou la propriété. Dans ce cas, l'acte illicite et le dommage ainsi que le lien de causalité peuvent être prouvés. La faute est, quant à elle, plus difficile à prouver car elle réside dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur au regard des circonstances. Ainsi, l'examen de la faute nécessite que l'on se réfère à un standard de diligence, une norme de comportement qui s'impose à l'auteur au moment des faits. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, à défauts de dispositions légales ou réglementaires, il est possible de se référer « à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues ». En conséquence, les auteurs affirment que les Principes directeurs de l'ONU, largement reconnus en tant que standards en matière de diligence raisonnable à l'égard des droits de l'homme par la Suisse et dans le monde, peuvent, voir même devraient, servir de base pour les tribunaux suisses lorsque ceux-ci jugent de la diligence attendue d'une société dans l'examen de la faute⁹².

2.2 Développement du cadre juridique suisse non-contraignant

2.2.1 Elaboration du Guide destiné au secteur du négoce de matières premières

Le rapport de base sur les matières premières, publié en 2013, avait pour but d'apporter une certaine transparence sur l'importance économique et fiscale du secteur du négoce en Suisse et d'émettre des recommandations⁹³. Parmi ces recommandations, le rapport de 2013 demandait à ce que des groupes de travail, composés de représentants des acteurs concernés, soient formés afin d'élaborer et de proposer des standards en matière de responsabilité sociétale des entreprises dans le négoce de matières premières ainsi que leur mise en œuvre⁹⁴.

Depuis 2014, sous l'égide du Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), des discussions ont eu lieu entre certaines organisations de la société civile, des représentants du secteur du négoce de matières premières et quelques autorités cantonales. Les participants ont conclu qu'il fallait, avant tout, rédiger un Guide à l'intention du secteur sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme⁹⁵.

⁹¹ S. SAVOLAINEN/G. PACHOUD, *La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme*, Revue de l'avocat 2017 p. 489.

⁹² S. SAVOLAINEN/G. PACHOUD, *op. cit.*, p. 494 ss.

⁹³ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 49 s.

⁹⁴ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁵ INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS & BUSINESS, *op. cit.*, p. 6.

En novembre 2014, le DFAE et le SECO se sont mis d'accord, avec l'aide de représentants de la société civile, sur un processus qui, dans un premier temps, devait aboutir à la création d'une étude cartographique de l'industrie en Suisse, puis, dans un deuxième temps, un Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières. En juin 2015, l'IHRB a été choisie par le DFAE et le SECO afin de mener le projet en collaboration avec le gouvernement, les entreprises et les représentants de la société civile⁹⁶.

Ainsi, en mars 2017, l'IHRB publia une étude cartographique⁹⁷ et un projet de Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières pour consultation publique⁹⁸. Le but de ce Guide est d'aider les représentants du secteur à mettre en œuvre les Principes directeurs de l'ONU dans leur organisation et leur culture d'entreprise ainsi que de servir d'instrument dans le développement d'une pratique commune de négoce responsable en accord avec les standards internationaux de respect des droits de l'homme⁹⁹. Toutefois, ce Guide, tout comme les Principes directeurs de l'ONU, n'a pas pour vocation d'être juridiquement contraignant¹⁰⁰. La version finale du Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières a été publiée le 28 novembre 2018.

2.2.2 Champ d'application, structure et contenu matériel du Guide

Le Guide est uniquement destiné au secteur du négoce des matières premières et celui-ci le définit comme suit : le négoce des matières premières comprend généralement les processus d'approvisionnement, d'achat, de transport, de stockage, de transformation et de vente de matières premières physiques, ainsi que la gestion des risques et des actifs physiques associés¹⁰¹. Le secteur du négoce des matières premières regroupant un ensemble hétérogène de personnes morales, cette définition se doit d'être large afin d'englober tous les acteurs du marché. Toutefois, cette définition ne comprend pas les activités d'exploration et d'extraction des matières premières.

Le Guide est constitué de trois parties distinctes. La première partie introduit le contexte, les objectifs ainsi que le champ d'application du Guide. La deuxième partie présente les concepts nécessaires à la mise en œuvre du Guide tels que la notion d'impact potentiel sur les droits humains, la responsabilité d'entreprise ou le principe de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Enfin, la dernière partie du Guide a pour but d'apporter des conseils pratiques afin d'aider le secteur à implémenter une responsabilité d'entreprise en matière de droits de l'homme dans leurs opérations et relations commerciales selon les Principes directeurs de l'ONU. Celui-ci en reprend donc les éléments essentiels et apporte des

⁹⁶ *Id.*, p. 7.

⁹⁷ Voir *supra* 1.2.1, p. 6.

⁹⁸ Le titre original est en anglais : « The Commodity Trading Sector – Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights ».

⁹⁹ Le projet de Guide mis en consultation publique est disponible sous ce lien : <https://www.ihrb.org/focus-areas/commodities/public-consultation-draft-human-rights-guidance-commodities-trading>.

¹⁰⁰ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *The Commodity Trading Sector : Guidance on implementing the UN guiding principles on Business and Human Rights*, 2018, p. 5.

¹⁰¹ *Id.*, p. 7, la définition originale est en anglais : « Commodity trading is broadly understood as the process of sourcing (procuring), buying, transporting, storing, transforming and selling physical commodities, including the management of associated risks, as well as operating physical assets in this context ».

explications et des exemples ainsi que des recommandations sur les actions concrètes à entreprendre.

La première section¹⁰² reprend intégralement le Principe 16 des Principes directeurs de l'ONU consacré à la rédaction d'une politique d'entreprise sur les droits de l'homme. Cette première section encourage les hauts responsables des sociétés du négoce à approuver une telle politique afin d'exprimer l'engagement de l'entreprise à respecter les droits de l'homme et à intégrer cet engagement dans la culture d'entreprise. En conséquence, cet engagement « depuis le haut » aura pour effet de fixer le cadre de cette implémentation, le comportement attendu des employés, des partenaires commerciaux ou celui de tierces personnes liées à l'activité de l'entreprise¹⁰³. Ainsi, le Guide définit les différentes étapes de la rédaction d'une telle politique d'engagement de respect de tous les droits de l'homme internationalement reconnus¹⁰⁴ définis au Principe 12 des Principes directeurs de l'ONU¹⁰⁵. Une fois cette politique rédigée sur la base de compétences internes et externes, celle-ci doit être accessible au public et communiquée tant au personnel qu'aux partenaires commerciaux ou personnes affectées par l'activité de la société afin d'implémenter cette responsabilité au cœur de l'entreprise. Après en avoir fait la communication, l'entreprise doit s'y conformer à l'interne, par exemple, au travers de discussions, de formations ou comptes rendus entre les différents départements et en l'intégrant aux autres politiques et procédures de la compagnie. Enfin, la politique d'engagement doit faire partie intégrante des pratiques commerciales entre les sociétés du négoce et tous leurs partenaires commerciaux¹⁰⁶.

La deuxième section¹⁰⁷ reprend le Principe 18 des Principes directeurs de l'ONU quant à l'identification et l'évaluation des impacts actuels ou potentiels que les acteurs de l'industrie du négoce pourraient avoir sur les droits humains. Cette étape d'identification constante permet de cartographier les risques de l'entreprise liés aux droits humains dans le but d'identifier les différents impacts et de les évaluer par ordre de gravité¹⁰⁸. En ce qui concerne l'évaluation, tant les Principes directeurs que le Guide insistent sur son importance particulière lors de nouvelles relations commerciales, de changements opérationnels ou de décisions importantes ou encore lors de changements dans l'environnement de l'entreprise¹⁰⁹. L'identification et l'évaluation nécessitent de faire appel à des compétences internes et externes ainsi que de comprendre le contexte des pays ou régions dans lesquels les entreprises opèrent, c'est à dire déterminer les zones de conflits et les zones à hauts risques¹¹⁰. En plus du contexte, il est important que les sociétés évaluent leurs partenaires commerciaux¹¹¹ et consultent les personnes dont les droits humains peuvent potentiellement être affectés par l'activité de la société (employés, producteurs locaux ou communautés, indigènes, autres groupes vulnérables ou marginalisés, etc.)¹¹². L'évaluation des fournisseurs d'une entreprise doit se faire au niveau du contexte opérationnel, des risques d'impacts sur les droits humains

¹⁰² DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, pp. 19 à 25.

¹⁰³ *Id.*, p. 19 s.

¹⁰⁴ Voir *supra* note n°79, p. 13.

¹⁰⁵ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 22 s.

¹⁰⁷ *Id.*, pp. 26 à 38.

¹⁰⁸ *Id.*, p. 24 s.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 27.

¹¹⁰ *Id.*, pp. 28 et 34.

¹¹¹ *Id.*, p. 29, selon le Guide, les relations commerciales comprennent : « les relations qu'une entreprise a avec des partenaires commerciaux, des entités tout au long de sa chaîne d'approvisionnement et tout autre entité étatique ou non étatique liée à ses opérations commerciales, ses produits ou services.

¹¹² *Id.*, p. 35 ss.

liés à ces fournisseurs, des politiques et procédures en rapport avec les droits de l'homme mises en place par ceux-ci et, finalement, des informations publiques disponible sur eux¹¹³.

La troisième section¹¹⁴ s'inspire du Principe 19 des Principes directeurs de l'ONU. Cette troisième section se concentre sur la prévention et l'atténuation des impacts négatifs potentiels qu'une entreprise peut avoir sur les droits de l'homme¹¹⁵. Une fois ces impacts identifiés et évalués, il est attendu des entreprises qu'elles prennent des mesures concrètes internes d'intégration afin de prévenir et/ou atténuer ces risques ou ces impacts sur les droits de l'homme¹¹⁶. En conséquence, le Guide encourage les sociétés à développer un plan d'intervention dans le but de répondre aux risques pour les droits de l'homme identifiés lors de la précédente section. Celui-ci conseille aux sociétés d'établir des priorités dans leur plan d'action et de donner la priorité aux risques potentiels les plus sévères. En d'autres termes, les entreprises devraient répondre en premier aux impacts les plus importants en termes d'ampleur, de portée ou d'irréversibilité¹¹⁷. Pour finir, les compagnies sont encouragées à user de leur pouvoir, leur poids¹¹⁸, de façon à influencer d'autres organisations à entreprendre des actions face aux impacts négatifs qu'elles peuvent avoir sur les droits humains, spécifiquement envers celles qui représentent un risque sévère d'impact pour les droits de l'homme ou si cette possibilité se révèle élevée¹¹⁹.

La quatrième section¹²⁰ se consacre à une étape clé qui se retrouve également dans le Principe 20 des Principes directeur de l'ONU : le suivi de performance. En effet, suivre l'efficacité des mesures internes mises en place est nécessaire afin de vérifier si les risques ou impacts sur les droits de l'homme sont correctement identifiés et si l'entreprise y répond de manière appropriée¹²¹. Le suivi de performance demande à ce que les sociétés, selon les problèmes rencontrés, établissent des indicateurs d'ordres qualitatifs ainsi que quantitatifs et que les acteurs du secteur du négoce intègrent le point de vue des personnes concernées comme les membres du personnel, certaines organisations ou experts externes ou encore les communautés concernées¹²². Selon le Guide, le suivi de performance se fait également au niveau des partenaires commerciaux en exigeant de leur part des conditions de surveillance et de compte rendu sur les droits de l'homme¹²³.

L'avant-dernière section¹²⁴, provenant du Principe 21 des Principes directeurs de l'ONU¹²⁵, a pour objet la communication de performance. Cette étape est considérée comme une étape

¹¹³ *Id.*, p. 29 ss.

¹¹⁴ *Id.*, p. 38 à 44.

¹¹⁵ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 39, le Guide précise, toutefois, que les impacts négatifs actuels sur les droits de l'homme doivent faire l'objet d'une compensation et c'est également ce que les Principes directeurs préconisent au Principe 22 des Principes directeurs de l'ONU.

¹¹⁶ *Id.*, p. 39, le Guide intègre les mêmes degrés d'implications que le Principe 19 des Principes directeurs de l'ONU : causer, contribuer ou être lié. Les mesures à prendre dépendent donc du degré d'implication ; Voir *supra* note n°86, p. 14.

¹¹⁷ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 40, le Guide reprennent le principe de gravité du Principe 24 des Principes directeurs de l'ONU. Selon ce principe, en l'absence d'indications juridiques spécifiques, il faut classer les mesures à prendre en fonction de la gravité des incidences sur les droits de l'homme.

¹¹⁸ *Id.*, p. 41, le Guide, originellement en anglais, parle de « leverage ».

¹¹⁹ *Id.*, p. 41 ss.

¹²⁰ *Id.*, p. 45 ss.

¹²¹ *Id.*, p. 45.

¹²² *Id.*, p. 46 s.

¹²³ *Id.*, p. 47.

¹²⁴ *Id.*, p. 48 ss.

cruciale de la diligence raisonnable car c'est au travers de celle-ci que les représentants du secteur du négoce des matières premières pourront prouver que leur engagement de respecter les droits de l'homme a réellement été mis en pratique. Celle-ci implique de divulguer cette performance à une variété de personnes tels que les travailleurs, les communautés, certains groupes ayant un intérêt dans les activités de l'entreprise ou les gouvernements et la société¹²⁶. Peu importe la forme de cette communication (le Guide en fait une liste non-exhaustive), celle-ci devrait se faire, tant au niveau de sa forme que de sa fréquence, de manière à refléter l'impact de l'entreprise en matière de droits humains et être accessible par l'audience visée¹²⁷.

Finalement, la dernière section¹²⁸ sollicite les sociétés du secteur du négoce à coopérer ou à réparer lorsque celles-ci ont causé ou contribué à des impacts négatifs sur les droits de l'homme tout comme le Principe 22 des Principes directeurs de l'ONU. Toutefois, si cet impact négatif n'est pas dû à une contribution ou n'est pas causé par la société mais que celle-ci a un lien direct avec le partenaire commercial, elle est seulement tenue d'utiliser son pouvoir d'influence dans le but de prévenir ou d'atténuer le risque de tels impacts¹²⁹. Dans tous les cas, les entreprises sont encouragées à développer un mécanisme de réclamation, au niveau opérationnel, facilitant l'identification d'impacts, leur prise en charge et une éventuelle réparation sans, toutefois, empêcher la partie plaignante d'avoir accès à une procédure judiciaire ou non-judiciaire¹³⁰.

Le Guide, bien qu'il soit spécifique à l'industrie du négoce, reflète en grande partie les Principes directeurs de l'ONU puisque sa structure ainsi que son contenu suivent ces principes. En effet, l'objectif du Guide est de permettre et de faciliter l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU dans le secteur du négoce des matières premières. Toutefois, le Guide étant non contraignant, celui-ci n'impose pas de nouvelles obligations pour les entreprises du secteur. Ainsi, les sociétés n'étant pas juridiquement obligées de se conformer au Guide, celles-ci ne peuvent donc être tenues pour responsables en cas de non conformité ni en cas de violations des dispositions de protection des droits de l'homme et de l'environnement. Dans ce sens, le Guide ne traite pas de la responsabilité d'entreprise.

2.3 Développement du cadre juridique suisse contraignant

2.3.1 L'initiative populaire fédérale pour des multinationales responsables

Le 10 octobre 2016, l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » est déposée¹³¹. Le cœur de l'initiative introduit un devoir de diligence accompagné d'une responsabilité civile délictuelle de l'entreprise de sorte à renforcer la responsabilité des entreprises en matière de respect des droits de l'homme et de l'environnement¹³².

¹²⁵ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, p. 27 s.

¹²⁶ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 48.

¹²⁷ *Id.*, p. 49 ss.

¹²⁸ *Id.*, p. 52 ss.

¹²⁹ *Id.*, p. 53 s.

¹³⁰ *Id.*, p. 54 s. ; Cela est également encouragé par le Principe 20 des Principes directeurs de l'ONU.

¹³¹ Message relatif à l'initiative populaire, p. 6000.

¹³² ASSOCIATION INITIATIVE MULTINATIONALES RESPONSABLES, *Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »*, Berne 2017, p. 10

L'initiative populaire propose une modification de la Constitution fédérale suisse en y ajoutant un nouvel art. 101a P-Cst afin que la Confédération prenne des mesures légales contraignant les entreprises suisses à respecter les droits humains internationalement reconnus et les normes environnementales internationales y compris à l'étranger (al. 1 et al. let. a). A cette fin, les sociétés suisses devront faire preuve de diligence raisonnable, c'est-à-dire identifier les risques effectifs et potentiels pour les droits de l'homme et l'environnement, prendre des mesures appropriées et en rendre compte. Cette obligation s'appliquera également aux entreprises à l'étranger qui sont contrôlées par des sociétés suisses et à l'ensemble des relations d'affaires (al. 2 let. b)¹³³. Celles qui n'apportent pas la preuve d'une telle diligence seront tenues pour responsables du dommage causé par les entreprises à l'étranger qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent les droits humains internationalement reconnus ou les normes environnementales internationales (al. 2 let. c)¹³⁴.

Malgré son aboutissement confirmé, le Conseil fédéral a annoncé dans son message du 15 septembre 2017 qu'il recommande de rejeter l'initiative¹³⁵. Le 14 novembre 2017, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) approuve l'élaboration d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement ». Toutefois, celle-ci décide de suspendre ses travaux quant à l'élaboration d'un tel contre-projet dans l'attente d'une décision du Conseil national sur la révision du droit de la société anonyme (SA). Le 20 avril 2018, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) s'est déclarée favorable au principe du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire fédérale dans le cadre de la révision de la SA. Le 2 mai 2018, celle-ci approuve les dispositions du contre-projet indirect et encourage donc le retrait de l'initiative populaire. Enfin, le 18 mai 2018, la CAJ-N publie un rapport sur ses propositions de contre-projet indirect à l'initiative populaire dans le cadre de la révision du droit de la SA¹³⁶. Ce contre-projet sera examiné par le Conseil des Etats lors de sa prochaine séance (session d'hiver 2018). Le 17 octobre dernier, la CAJ-E est entrée en matière sur ce contre-projet indirect. Simultanément, celle-ci a décidé d'instituer une sous-commission qui sera chargée de la suite du contre-projet et d'examiner le texte adopté par le Conseil national afin d'en rendre compte lors de la commission plénière qui aura lieu au premier trimestre de 2019.

2.3.2 Le contre-projet indirect

Le contre-projet a pour premier but de modifier le code des obligations, plus précisément le droit de la SA, afin d'obliger le conseil d'administration à prendre des mesures visant à garantir le respect des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. A cette fin, l'art. 716a CO quant aux attributions inaliénables et intransmissibles du conseil d'administration est modifié afin d'y ajouter une obligation de contrôle du respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement et d'établissement d'un rapport sur les mesures visant à garantir le respect de ces mêmes

¹³³ *Id.*, p. 15 ss.

¹³⁴ Message relatif à l'initiative populaire, p. 6000.

¹³⁵ Message relatif à l'initiative populaire, p. 6001.

¹³⁶ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *Rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du 18 mai 2018 sur les propositions de la commission en vue du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme*, Berne 2018.

dispositions (ch. 10)¹³⁷. Ce rapport, concrétisé au nouvel art. 961e P-CO, rend compte des différentes obligations découlant du devoir de diligence conformément à l'art. 716a^{bis} al. 1 et 2 P-CO. Ce rapport doit être rendu public¹³⁸.

2.3.2.1 Le devoir de diligence

Le cœur du contre-projet introduit un nouvel art. 716a^{bis} P-CO dont le but est définir le contenu ainsi que le champ d'application de cette nouvelle obligation du conseil d'administration contenue à l'art. 716a al. 1 ch. 5 P-CO¹³⁹. La première phrase de l'al. 1 impose au conseil d'administration de prendre des mesures pour garantir que la société respecte les dispositions déterminantes dans ses domaines d'activités relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement. Par « dispositions déterminantes », l'al. 1 1^{ère} phr. de l'art. 716a^{bis} P-CO oblige les entreprises concernées à veiller au respect des dispositions relatives à la protection de l'homme et de l'environnement applicables à leurs activités commerciales, déployées en Suisse ou à l'étranger, sous peine d'engager leur responsabilité¹⁴⁰. Néanmoins, seules les dispositions pertinentes du droit suisse s'appliquent aux activités exercées en Suisse et doivent être respectées¹⁴¹. Puis, les phrases 2 à 4 de ce premier alinéa concrétisent la diligence attendue du conseil d'administration découlant du principe général de la 1^{ère} phrase. Ceux-ci reprennent les étapes constitutives d'une diligence raisonnable telle que décrite dans les Principes directeurs de l'ONU et de l'OCDE : l'identification des risques, la prise de mesures et l'établissement de rapports. La diligence est un processus continue et durable qui touche toutes les phases de l'activité d'une société. Celle-ci oblige les sociétés à vérifier la légalité des activités et à gérer les risques de l'entreprise.

La première étape de cette diligence raisonnable consiste à identifier les dispositions pertinentes de protection des droits de l'homme et de l'environnement, les personnes potentielles touchées par les activités de la société et les conséquences négatives potentielles ou effectives que les activités ou les partenaires commerciaux de l'entreprise peuvent engendrer sur ces personnes identifiées (716a^{bis} al. 1 2^{ème} phr. P-CO). Cette démarche est particulièrement importante lors de nouvelles activités ou partenaires commerciaux de la société ou lors de changements majeurs dans l'environnement de celle-ci. La mise en œuvre de cette diligence suppose que l'entreprise prenne, dans une deuxième étape, des mesures. Si des impacts négatifs potentiels sont identifiés, le conseil d'administration devra prendre des mesures de prévention afin de les éviter. Toutefois, si celui-ci constate des risques effectifs de violation des dispositions relatives aux droits de l'homme et à l'environnement, celui-ci devra prendre des mesures de réduction de ces risques (716a^{bis} al. 1 3^{ème} phr. P-CO). L'entreprise ne

¹³⁷ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 3, ce rapport se fait parallèlement au rapport de gestion (ch.6) et rapport de rémunération (ch. 9). Les nouveaux ch. 8 et 9 sont introduits par le projet 1 de la révision du droit de la SA.

¹³⁸ *Id.*, p. 12 s.

¹³⁹ *Id.*, p. 11, l'art. 810 al. 2 ch. 4 du CO relatif à la société à responsabilité limitée (Sàrl) est modifié de la même manière que l'art. 716a al. 1 ch. 5 CO. Un nouvel article 810a P-CO, également relatif à la Sàrl, est introduit afin d'y intégrer les modifications faites dans le régime de la SA. Il en va de même pour l'art. 901 CO qui modifiera le régime de la société coopérative et l'art. 69a^{bis} CC relatif aux associations puisque les objectifs du contre-projet indirect s'appliquent à toutes formes juridiques.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 4 s.

¹⁴¹ *Ib.*, celui-ci affirme que, bien que l'art. 716a^{bis} P-CO s'inspire de règlements internationaux, le contre-projet indirect se concentre sur une réglementation légale propre à la Suisse en ce qui concerne le devoir incombant aux organes chargés de veiller au respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement également à l'étranger.

sera tenue de réparer les violations que si elle en est à l'origine ou si elle y a contribué¹⁴². En ce qui concerne la troisième étape de cette diligence, il sera attendu du conseil d'administration de surveiller les mesures mises en place et d'en rendre compte, c'est à dire d'en contrôler l'efficacité (716a^{bis} al. 1 4^{ème} phr. P-CO)¹⁴³.

Ce processus de diligence concerne également l'activité des sociétés contrôlées et les relations d'affaires (716a^{bis} al. 1 5^{ème} phr. P-CO). Afin d'identifier si une entreprise est contrôlée par une autre, le contre-projet indirect se réfère à l'art. 963 al. 2 CO : l'entreprise doit avoir la possibilité d'exercer un contrôle au sens de cet article mais ne doit pas avoir exercé effectivement celui-ci¹⁴⁴. Toutefois, d'après l'al. 5, l'extension de cette diligence aux sociétés contrôlées n'étend pas pour autant le champ d'application de l'art. 716a^{bis} P-CO à celles-ci. En ce qui concerne les partenaires commerciaux, les partenaires contractuels directs ou ceux de l'entreprise dont elle a le contrôle ainsi que l'ensemble des chaînes de valeur ajoutée et d'approvisionnement sont concernés. Cependant, le contre-projet indirect y apporte une limite : seules les activités de ces partenaires commerciaux directement liées aux activités, produits ou services de la société sont visées. En conséquence, dans le but de répondre au devoir de diligence, ceux-ci peuvent être contractuellement tenus de respecter les dispositions en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement¹⁴⁵.

La diligence introduit trois principes généraux à l'al. 1 3^{ème} phr. et l'al. 2 du nouvel art. 716a^{bis} P-CO. Premièrement, le principe de prise en compte des possibilités d'influence (al. 1 3^{ème} phr.) s'applique aux mesures à prendre dans le but de réduire les risques et à réparer les violations. Celui-ci signifie que si la société a une possibilité d'exercer une influence sur le comportement illicite de l'auteur de la violation, celle-ci doit faire usage de cette influence. Cette possibilité existe lorsque le comportement émane de la société elle-même mais aussi lorsque celui-ci provient d'une société qu'elle contrôle. La prise en compte des possibilités d'influence s'applique également dans les relations d'affaires de la société avec des tiers. De ce fait, suivant les circonstances, la société peut utiliser son influence pour qu'un tiers respecte les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement.¹⁴⁶ Deuxièmement, lorsqu'une entreprise concrétise son devoir de diligence, celle-ci doit identifier les conséquences effectives et potentielles pour les droits de l'homme et l'environnement liées à son activité, aux sociétés qu'elle contrôle ou à ses partenaires commerciaux. D'après le principe de la prise en compte des risques¹⁴⁷ (al. 2 1^{ère} phr.), celle-ci doit les classer par ordre de gravité et prioriser les mesures à prendre en fonction de la gravité des conséquences pour les droits de l'homme et l'environnement. Cette dernière se détermine suivant l'ampleur de la violation effective ou potentielle, du nombre de personnes concernées et de la possibilité de réparation¹⁴⁸. Troisièmement, la diligence est soumise au principe de l'adéquation (al. 2 2^{ème} phr.) qui veut que les mesures prises soient adaptées à la gravité des conséquences, à la taille de l'entreprise, au contexte de l'activité mais aussi aux possibilités d'influence de l'entreprise. Ce principe agit également en tant que correctif du principe de la

¹⁴² COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 5, le rapport complémentaire précise que la réparation peut être autre que financière. Celle-ci peut consister en des excuses, des remboursements, des éliminations de conséquences, des mesures de préventions de dommage ou en des mesures pénales.

¹⁴³ *Ib.*

¹⁴⁴ *Id.*, p. 6, l'art. 963 al. 2 CO englobe le contrôle direct ou indirect d'une société sur une autre.

¹⁴⁵ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 6 s.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 7.

¹⁴⁷ *Id.*, les risques qui doivent être pris en compte sont seulement les risques de violation des biens juridiques protégés par les dispositions de protection en matière de droits de l'homme et d'environnement.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 7 s.

prise en compte des risques et permet de prendre des mesures sur la base d'autres critères que la gravité¹⁴⁹.

L'al. 6 du nouvel art. 716a^{bis} P-CO indique quelles sont les dispositions pertinentes de protection des droits de l'homme et de l'environnement évoquées à l'al. 1, soit toutes les dispositions internationales devenues juridiquement contraignantes pour la Suisse. Ainsi, ces dispositions doivent nécessairement avoir été ratifiées par la Suisse¹⁵⁰. Le contre-projet indirect mentionne une liste non exhaustive des dispositions internationales contraignantes pour la Suisse en matière de protection de droits de l'homme et de l'environnement¹⁵¹.

Les al. 3 à 5 précisent le champ d'application personnel de l'art. 716a^{bis} P-CO et des dispositions du contre-projet. Seules les entreprises qui ont une certaine importance économique, c'est-à-dire qui atteignent deux des valeurs seuils définies par l'al. 3, seules ou conjointement, avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères contrôlées par elles, entrent dans le champ d'application¹⁵². Bien que les PME ne soient pas concernées, celles-ci peuvent être visées par l'al. 4 qui repose sur le principe du risque particulièrement élevé ou particulièrement faible. En effet, si les activités d'une société présentent un risque particulièrement élevé de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, le champ d'application personnel de l'art. 716a^{bis} P-CO s'étend à elle. Inversement, si ce risque se révèle être particulièrement faible, l'entreprise en question ne sera pas touchée¹⁵³.

Enfin, l'al. 5 que nous avons mentionné plus haut, précise que les sociétés contrôlées n'entrent pas dans le champ d'application personnel afin d'éviter une duplication des devoirs découlant de l'art. 716a^{bis} P-CO et un champ d'application trop large. Néanmoins, ces sociétés ne sont concernées uniquement lorsqu'elles contrôlent elles-mêmes une ou plusieurs sociétés étrangères. Pour ce faire, il faut que celles-ci dépassent, conjointement, avec les entreprises étrangères contrôlées les valeurs seuils de l'al. 3 et qu'il existe un lien étroit entre leurs activités et celles des entreprises étrangères ou que les activités de ces entreprises étrangères présentent un risque particulier au sens de l'al. 4. Cette exception se justifie par le fait qu'elle permet à toutes les sociétés de pouvoir invoquer les mêmes limites découlant de l'art. 55 al. 1^{bis} P-CO. L'al. 5 2^{ème} phr. apporte une dernière exception : les sociétés contrôlées entrant dans le champ d'application de l'al. 5 1^{ère} phr. n'ont pas d'obligation de rendre compte car celle-ci est déjà effectuée par l'entreprise qui la contrôle. Elles délèguent ainsi cette tâche à la société mère¹⁵⁴.

2.3.2.2 La responsabilité délictuelle

Le contre-projet a pour deuxième but de modifier, dans le cadre de la responsabilité civile, l'art. 55 CO et d'y ajouter un alinéa 1^{bis}. Celui-ci introduit la responsabilité d'une société mère d'un groupe du fait du comportement illicite d'une filiale, soit d'une entreprise contrôlée par elle, à l'image de la responsabilité de l'employeur consacrée à l'art. 55 al. 1 CO. Pour que celle-ci puisse être engagée conformément à ce nouvel alinéa, les conditions positives et négatives d'une responsabilité au sens de l'al.1 devront être satisfaites moyennant

¹⁴⁹ *Id.*, p. 8.

¹⁵⁰ *Ib.*

¹⁵¹ *Id.*, p. 9 s.

¹⁵² *Id.*, p. 10.

¹⁵³ *Ib.*

¹⁵⁴ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 11.

certain aménagements. Cette responsabilité ne pourra être engagée que si la filiale a commis un acte dommageable dans le cadre des objectifs du groupe et non de manière autonome vis-à-vis de celui-ci¹⁵⁵. De plus, en ce qui concerne le rapport de subordination, la société mère n'est responsable du dommage causé par le comportement d'une entreprise qu'elle contrôle qu'effectivement (al. 1^{bis} 1ère phr.)¹⁵⁶. Ce contrôle, au sens de 963 al. 2 CO, peut être direct ou indirect mais, comme le précise le nouvel al. 1^{ter} de l'art. 55 CO, le fait qu'une société dépende économiquement d'une autre n'est pas suffisant pour admettre un tel contrôle. De ce fait, une société mère ne répondra pas du comportement de ses fournisseurs même si ceux-ci dépendent économiquement d'elle.

En outre, la responsabilité de la société mère ne sera engagée que pour des dommages résultant d'une atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la propriété d'autrui. Ainsi, les dommages purement pécuniaires, tout comme les dégradations de l'environnement ne pourront fonder une responsabilité de la société mère s'ils ne sont pas accompagnés d'une atteinte à la vie, à l'intégrité corporelle ou à la propriété d'autrui¹⁵⁷.

Tout comme pour la responsabilité de l'employeur, la société mère peut se libérer de sa responsabilité en prouvant sa diligence ou en apportant une preuve libératoire de l'art. 55 al. 1 CO. A cette fin, celle-ci peut prouver qu'elle a respecté ses devoirs en vertu de 716a^{bis} P-CO ou opposer le fait qu'elle ne pouvait pas influencer le comportement de l'entreprise contrôlée concernée pour les violations légales en question. Cela signifie que la société mère a exercé effectivement son contrôle sur la filiale mais qu'elle n'a pas pu prévenir le comportement constitutif du dommage par son influence. Sa responsabilité ne serait ainsi pas justifiée¹⁵⁸. Lorsqu'il est possible de fonder une responsabilité de la société mère sur la base de l'art. 55 al. 1^{bis} P-CO, une responsabilité personnelle des organes de direction de la société mère vis-à-vis des personnes lésées est toutefois exclue¹⁵⁹.

3. Conséquences des développements juridiques en matière de droits de l'homme pour le secteur du négoce de matières premières

3.1 Approches et impacts des développements juridiques suisses

Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler le contexte de ces deux développements juridiques. Premièrement, au cours de ce travail, nous avons évoqué le Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce des matières premières. Celui-ci s'adresse de manière exclusive à cette industrie¹⁶⁰, à l'exclusion de tout autre, et a pour but d'aider les entreprises de celle-ci à implémenter les Principes directeurs de l'ONU au sein de leur organisation. Toutefois, ce Guide n'a pas pour vocation à être contraignant. Cela signifie que le Guide ne crée pas de nouvelles obligations pour les entreprises et que celles-ci ne

¹⁵⁵ *Id.*, p. 13.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 14, la société mère doit avoir effectivement assumé cette possibilité de contrôle ou d'influence.

¹⁵⁷ *Ib.*

¹⁵⁸ *Ib.*, lorsque la condition du contrôle effectif est remplie ou en l'absence de possibilité d'influence, il est possible que la société mère réponde des dommages, en vertu des dispositions générales de l'art. 55 al.1, qui ne soient causés ni par une atteinte des biens juridiques visés à l'al. 1^{bis} ni par une violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement à l'étranger.

¹⁵⁹ *Ib.*, cette exclusion de responsabilité fera l'objet de trois nouveaux articles : l'art. 759a P-CO relatif aux SA, l'art. 918a P-CO relatif aux sociétés coopératives et l'art. 69a^{bis} al. 2 P-CC pour les associations.

¹⁶⁰ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 8, ce Guide s'applique aux entreprises du secteur du négoce de matières premières de toute taille, de toute structure et de tout type de propriété.

pourront donc être tenues pour responsables par notre ordre juridique en cas de non-respect de celles-ci. Ce Guide, en tant que droit non contraignant, a une valeur morale, symbolique ou politique plutôt que juridique. Il accompagne l'industrie du négoce des matières premières et pose les lignes directrices nécessaires à une pratique d'implémentation uniforme dans le secteur du négoce. En conséquence, il revient aux entreprises de faire le choix de se conformer ou non à ce Guide et d'implémenter ses principes dans leur organisation.

Deuxièmement, suite au Guide non contraignant du DFAE et du SECO, nous avons abordé le contre-projet indirect à l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » rédigé par la CAJ-N. Ce contre-projet ne se limite pas à un secteur particulier mais a pour destinataire toutes les entreprises ou associations suisses, peu importe leur secteur d'activités ou leur forme juridique¹⁶¹. De plus, le contre-projet envisage une autre approche que le Guide. En effet, celui-ci est une modification de la loi, plus précisément du Code des obligations et constitue ainsi une mesure contraignante. Le contre-projet suit les Principes directeurs de l'ONU¹⁶² en introduisant une obligation générale de respect des droits de l'homme et de l'environnement aux entreprises. Celui-ci va même au-delà des Principes directeurs de l'ONU avec son nouvel art. 716a al. 1 ch.5 P-CO qui oblige le conseil d'administration d'exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion afin de s'assurer qu'elles observent les instructions données et les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. Les destinataires de cette nouvelle obligation n'ont donc pas d'autres choix que de s'y conformer et pourront donc voir leur responsabilité engagée, contrairement au Guide, s'ils ne les respectent pas. Nous aborderons l'étendue de cette responsabilité, plus tard, au cours de l'analyse. En conséquence, nous pouvons constater que ces différents développements juridiques reposent sur des approches différentes et impliquent des conséquences également différentes.

3.1 Champ d'application

Les Principes directeurs de l'ONU s'adressent à toutes les entreprises « commerciales, transnationales ou autres, indépendamment de leur taille, de leur secteur, de leur lieu d'implantation, de leur régime de propriété et de leur structure »¹⁶³. Le Guide étant orienté vers le secteur du négoce de matières premières, seuls les acteurs de cette industrie en sont les destinataires mais il est précisé que, pour cette industrie, les entreprises de toutes tailles, de toute structure et de tout régime de propriété sont concernées¹⁶⁴. Ainsi, si nous reprenons les entreprises sélectionnées par le « Commodity trading monitoring report », les quatre cent nonante-six entreprises considérées actives dans le secteur du négoce de matières premières sélectionnées pour le questionnaire seraient visées par ce Guide¹⁶⁵. Cependant, ce secteur, tel qu'il est défini dans le Guide¹⁶⁶, exclut les activités d'exploration et d'extraction de matières premières. Il est vrai que l'exploration et l'extraction ne font pas parties des activités principales des acteurs du secteur du négoce de matières premières comme cela a été précisé dans le « Commodity trading monitoring report »¹⁶⁷. Toutefois, certaines sociétés actives dans

¹⁶¹ En effet, nous avons vu que la modification de loi touchait autant les articles de la SA, que la société coopérative ou les associations ; Voir *supra* note n°140, p. 20.

¹⁶² ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, p. 15.

¹⁶³ ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁴ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁵ Voir *supra* n°28, p. 5.

¹⁶⁶ Voir *supra* 2.2.2, p. 16.

¹⁶⁷ Voir *supra* 1.1.2, p. 5.

l'industrie participent à l'exploration et l'extraction de matières premières¹⁶⁸ et c'est précisément ces étapes qui avaient été identifiées par les entreprises elles-mêmes comme étant le plus risquées pour les droits de l'homme¹⁶⁹. C'est d'ailleurs pour des violations des droits de l'homme causés par l'exploration et l'extraction de matières premières que Glencore, la plus grande société suisse active dans le négoce, a été dénoncée lors du Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU en 2018¹⁷⁰. Finalement, le rapport de base de 2013 de l'Administration fédérale sur les matières premières faisait déjà état des risques pour les droits de l'homme liés à l'extraction¹⁷¹. En conséquence, nous y reviendrons plus tard au cours de cette analyse, il y a de fortes chances que ce type d'activité soit considéré comme représentant un « risque particulièrement élevé » au sens du contre-projet et donc soumis à la loi si celle-ci est effectivement modifiée.

En ce qui concerne le contre-projet, celui-ci réduit également son champ d'application personnel à son art. 716a^{bis} al. 3 P-CO. En conséquence, seules les sociétés « qui, au cours de deux exercices consécutifs, dépassent, à elles seules ou conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères contrôlées par elles, deux des valeurs suivantes » : un total de bilan de 40 millions de francs, un chiffre d'affaires de 80 millions de francs et un effectif de 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle¹⁷². En ce qui concerne la première condition du bilan, cette information n'a pas été demandée dans la « Commodity trading monitoring report ». De ce fait, nous ne pouvons déterminer dans quelle mesure cette condition sera remplie ou non par les représentants du secteur du négoce de matières premières. Quant à la deuxième condition du chiffre d'affaire, avec une moyenne du chiffre d'affaire s'élevant à 5'659 millions de francs selon le « Commodity trading monitoring report »¹⁷³, il nous est impossible de déterminer le nombre d'entreprises qui atteindront ce seuil de 80 millions. Toutefois, au vu de la moyenne nettement plus élevée que le seuil donné par le contre-projet, nous pouvons supposer que de nombreuses entreprises rempliront cette condition. Enfin, la dernière condition quant aux emplois risque de n'être atteinte que dans peu de cas. En effet, la majorité, soit près de quatre cent sept entreprises sur les quatre cent nonante-six sociétés du secteur emploient moins de cent employés en Suisse. Seules vingt-trois sociétés sur les quatre cent nonante-six emploient plus de cinq cent employés et rempliraient donc cette condition¹⁷⁴. En conséquence, les petites et moyennes entreprises n'entreraient pas dans le champ d'application personnel du contre-projet et seraient ainsi épargnées du devoir de diligence grâce à cet al. 3.

Il est vrai que les valeurs seuils, deux fois plus élevées que celles prévues pour la révision ordinaire, sont élevées mais le rapport complémentaire précise que celles-ci considèrent les besoins des petites et moyennes entreprises dont l'activité présente habituellement des risques moindres pour les droits de l'homme et pour l'environnement¹⁷⁵. Le critère de l'importance

¹⁶⁸ SWISSBANKING, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶⁹ Voir *supra* 1.2.1, p. 7.

¹⁷⁰ INDUSTRIALL, *IndustriALL soulève des violations de droits humains de Glencore auprès du Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU*, Genève 2018 ; M. TODESCO, *Glencore épinglé aux Nations Unies*, Genève 2018 ; CENTRE EUROPE-TIERS MONDE, *Déclaration du CETIM sur les violations des droits de l'homme des travailleurs par Glencore*, Genève 2018.

¹⁷¹ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *op. cit.*, p. 37

¹⁷² COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷³ Voir *supra* 1.1.2, p. 6, 5'671 million USD = 5'659 millions

CHF (<https://www.xe.com/fr/currencyconverter/convert/?Amount=5+671+000+000&From=USD&To=CHF>) (02.12.18).

¹⁷⁴ Voir *supra* 1.1.2, p. 5.

¹⁷⁵ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 10

économique suit la tendance internationale¹⁷⁶. Néanmoins, nous le rappelons, l'al. 4 apporte une exception et étend le champ d'application personnel de l'art. 716a^{bis} P-CO aux entreprises dont les activités représentent un risque particulièrement élevé de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement et ce, indépendamment des valeurs seuils de l'al. 3¹⁷⁷. Dans l'attente d'une réglementation par voie d'ordonnance par le Conseil fédéral des notions de « risque particulièrement élevé » et « risque particulièrement faible », celles-ci restent des notions juridiques indéterminées. Pour que les acteurs du négoce de matières premières soient visés par ce quatrième alinéa, il faudra que leur activité principale, soit le négoce pour près de quatre cent entreprises sur les quatre cent nonante-six, soit considérée comme représentant un risque particulièrement élevé. Toutefois, bien que l'activité de négoce présente des risques pour les droits de l'homme¹⁷⁸, il est impossible de prévoir à l'heure actuelle dans quelle mesure cette activité fera partie du champ d'application de ce nouvel al. 4 et si les différents processus qu'elle implique, suivant la définition du négoce dans le Guide, seront tous considérés comme présentant un risque particulièrement élevé. Nonobstant cette incertitude, l'extraction de matières premières dans les pays en voie de développement est citée par le rapport complémentaire en tant qu'exemple d'activité représentant un risque particulièrement élevé. Il y a donc fort à parier, comme cela a été mentionné plus haut, que les entreprises ayant une activité d'extraction soient soumises à la loi peu importe leur poids économique. Toutefois, sur ce point, il faudra faire la différence avec l'extraction de matières premières dans les pays dits développés qui n'impliquera certainement pas le même risque. En ce qui concerne les autres facettes de l'activité du négoce mentionnées dans l'étude cartographique¹⁷⁹, les étapes de production des matières premières ainsi que le transport de celles-ci tout au long de la chaîne d'approvisionnement ont été considérées, par l'industrie même, particulièrement risquées pour les droits de l'homme et l'environnement. Celles-ci pourraient donc impliquer un risque particulièrement élevé, notamment lorsque des résidus de mauvaise qualité provenant du raffinage de certaines matières premières dans des pays n'ayant aucune réglementation quant à l'achat ou l'utilisation de tels résidus, souvent toxique pour la santé, sont transportés en provenance ou à destination de ces pays. Il semble cependant peu probable que les simples actions d'achat et de revente de matières premières soient considérées comme présentant un risque particulièrement élevé. En conséquence, des petites et moyennes entreprises ne s'occupant que de l'achat et de la vente des matières premières *stricto sensu* ne seraient concernées que par le Guide et non par la loi.

3.2 Devoir de diligence

Les deux textes ont pour objectif d'introduire un devoir de diligence à l'intention des entreprises. Ceux-ci prévoient les mêmes étapes de concrétisation du devoir de diligence, soit l'identification et l'évaluation des risques effectifs et potentiels, la prise de mesures ainsi que le suivi de ces mesures par le biais de rapports. Néanmoins, le contre-projet se contente de poser les principes et les grandes lignes de ce devoir de diligence sans apporter d'explications ni de précisions. Par exemple, l'art. 716a^{bis} al. 1 P-CO oblige le conseil d'administration à prendre des « mesures » pour garantir le respect des dispositions déterminantes en matière de droits de l'homme et d'environnement, à les mettre en œuvre et à en surveiller l'efficacité. Le terme de « mesure » est ici une notion juridique indéterminée qui laisse une très grande marge de manœuvre aux entreprises. De plus, le conseil d'administration doit, selon ce même article,

¹⁷⁶ CHRISTINE KAUFMANN, *Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung ?*, RSDA 4/2018 p. 339.

¹⁷⁷ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁸ Voir *supra* 1.2.1, p. 6.

¹⁷⁹ Voir *supra* 1.2.1, p. 6.

rendre compte par le biais d'un rapport selon l'art. 716a al. 1 ch.10 P-CO et 961e P-CO. A nouveau, aucune précision n'est apportée quant au contenu de ce rapport si ce n'est le fait que celui-ci doit être public. En restant général, le contre-projet n'apporte que peu de prévisibilité aux sociétés souhaitant concrétiser leur devoir de diligence. Le Guide, quant à lui, envisage une approche d'accompagnement des sociétés du secteur du négoce dans leur démarche d'implémentation des Principes directeurs de l'ONU. De ce fait, chaque étape du devoir de diligence est analysé, des explications ainsi que des exemples sont également fournis. Par exemple, en ce qui concerne les mesures à prendre, le Guide conseille aux entreprises du secteur du négoce d'établir un plan d'intervention concrétisant les actions à entreprendre et donnent des exemples pratiques¹⁸⁰. De plus, à propos du rapport, le Guide consacre pas moins de quatre pages sur la communication de performance, sa forme, sa fréquence, les destinataires de cette communication, etc¹⁸¹. Il est donc beaucoup plus aisé pour les entreprises de l'industrie de concrétiser leur devoir de diligence grâce au Guide puisque celles-ci savent plus précisément ce qui est attendu d'elles et comment elles devraient agir.

Selon les Principes directeurs de l'ONU, le devoir de diligence des entreprises s'étend à tous les droits de l'homme internationalement reconnus¹⁸². Le Guide reprend les Principes directeurs de l'ONU quant aux droits fondamentaux à respecter et suit ainsi la tendance internationale. Le contre-projet, quant à lui, à son nouvel art. 716a^{bis} al. 6 P-CO, réduit le champ d'application des droits aux dispositions contraignantes pour la Suisse, soit aux accords internationaux ratifiés par la Suisse¹⁸³. Cependant, le contre-projet porte, tout comme le Guide, sur le respect par les entreprises suisses des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ou de l'environnement y compris à l'étranger. Dans ce sens, le rapport complémentaire de la CAJ-N admet qu'il se peut que des dispositions internationales doivent être respectés pour des activités déployées à malgré le fait qu'elles ne soient pas directement déterminantes pour les sociétés en Suisse.

De plus, rappelons que le contre-projet instaure un devoir de diligence qui s'étend aux entreprises contrôlées et aux relations d'affaires. Le secteur du négoce de matières premières implique des chaînes d'approvisionnement plus ou moins longues et l'activité du négoce au sens strict crée des interactions avec de nombreuses entités ou partenaires commerciaux. En outre, plus de 50% des représentants suisses du négoce questionnés représentent le siège international¹⁸⁴. Cela signifie que ceux-ci ont des filiales à l'étranger qu'ils contrôlent au sens du nouvel art. 716a^{bis} al.1 5^{ème} phr. P-CO. Toutefois, au vue de l'extension du devoir de diligence aux relations d'affaires et aux entités contrôlées (ces dernières n'entrant même pas dans le champ d'application du nouvel art. 716a^{bis} P-CO (al. 5)), ce sont potentiellement toutes les sociétés de l'industrie, en Suisse, qui devront concrétiser leur devoir de diligence et donc prendre des mesures pour garantir le respect des dispositions déterminantes en matières de droits de l'homme et d'environnement dans les juridictions de ces filiales ou relations d'affaires, puis, en rendre compte. Puisque la pratique des autres Etats veut que les droits internationalement reconnus soient respectés¹⁸⁵, les entreprises du secteur du négoce de matières premières contrôlant des sociétés étrangères, sur la base d'une relation d'affiliation

¹⁸⁰ Voir *supra* note n°79, p. 13.

¹⁸¹ Voir *supra* 2.2.1, p. 17.

¹⁸² Voir *supra* 2.2.1, p. 18.

¹⁸³ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 8.

¹⁸⁴ Voir *supra* 1.1.2, p. 5.

¹⁸⁵ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *op. cit.*, pp. 10 et 12 ; CHRISTINE KAUFMANN, *Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung ?*, RSDA 4/2018 p. 339.

ou toute autre relation fondant un contrôle¹⁸⁶, ou ayant des partenaires commerciaux, seront amenées, dans toutes les juridictions de ces sociétés étrangères, qui le prévoient, à devoir respecter tous les droits internationalement reconnus malgré l'éventuelle modification de la loi suisse.

3.3 Responsabilité délictuelle

En ce qui concerne la responsabilité, le Guide n'ayant pas vocation d'être juridiquement contraignant, celui-ci n'introduit pas de responsabilité à proprement parler. Au contraire du Guide, le contre-projet a pour objectif d'instituer une responsabilité des entreprises soumises à l'art. 716a^{bis} P-CO dans le régime de la responsabilité civile. Contrairement au devoir de diligence, la responsabilité de la société mère se limite aux filiales sur lesquelles elle exerce un contrôle effectif. Ainsi, même si l'activité du négoce de matières premières, activité principale pour 80% des entreprises questionnées, nécessite d'avoir recours à des fournisseurs des dites matières premières, les négociants suisses ne seront pas responsables du comportement de leurs fournisseurs, même si ceux-ci sont dépendants d'eux économiquement, grâce à l'art. 55 al. 1^{er} P-CO¹⁸⁷. Cependant, pour autant que les conditions de responsabilité soient remplies, plus de 50% des entreprises du secteur (celles ayant leur siège international en Suisse), soit plus de deux cent quarante-huit sur les quatre cent nonante-six sociétés questionnées, pourraient voir leur responsabilité engagée puisque celles-ci contrôlent des filiales à l'étranger. Il est important de rappeler que celles-ci disposent toutefois de différents moyens leur permettant d'échapper à leur responsabilité¹⁸⁸. De plus, cette responsabilité ne pourra jamais être engagée, en vertu de 55 al. 1^{bis} P-CO, pour toutes les dégradations de l'environnement potentiels identifiés en lien avec l'activité du négoce¹⁸⁹. Enfin, bien que tous les représentants du secteur du négoce contrôlant des filiales à l'étranger puissent être responsables pour les actes de celles-ci, il revient au demandeur de prouver toutes les conditions de responsabilité, notamment l'illicéité du comportement de la filiale, ce qui suppose que le comportement s'inscrivait dans les objectifs du groupe, et que la société mère en question exerçait un contrôle effectif sur sa filiale¹⁹⁰. De ce fait, cette prétention, possible en soi, implique bien des difficultés pratiques puisqu'elle oblige le demandeur à s'immiscer dans les affaires d'une société dont le secteur est très hétérogène et sur lequel nous disposons encore peu d'informations aujourd'hui.

3.4 Convergences, divergences ou complémentarité ?

La Suisse reconnaît son obligation d'assurer la protection des droits de l'homme et de l'environnement au niveau des entreprises domiciliées et/ou actives en Suisse et attend d'elles qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités, en particulier lorsqu'elles opèrent à l'étranger dans des zones touchées par des conflits ou dans des environnements complexes ou fragiles¹⁹¹. Elle figure d'ailleurs parmi les premiers pays à se doter d'un Plan d'action nationale sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Dans cette optique, le Conseil fédéral se dit en faveur

¹⁸⁶ Voir *supra* 2.3.2.1, p. 21, en effet, le devoir de diligence porte également sur les conséquences de l'activité des entités qu'une société contrôle mais aussi à toutes les relations d'affaires qu'elle peut avoir avec des tiers.

¹⁸⁷ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 13 s.

¹⁸⁸ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, p. 14 s.

¹⁸⁹ Voir *supra* 1.2.1, p. 7.

¹⁹⁰ COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *op. cit.*, 14.

¹⁹¹ DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES, *Stratégies droits de l'homme du DFAE*, Berne 2016, p. 24.

d'une procédure de diligence raisonnable sur une base volontaire, c'est pourquoi, le Plan d'action, qui expose 50 instruments de mises en œuvre, repose sur une combinaison de mesures, nationales et internationales, contraignantes et non contraignantes¹⁹². Parmi ces 50 instruments, nous retrouvons le Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce de matières premières. Dans sa stratégie de mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU, la Confédération veille à ne pas désavantager la place économique suisse et a préféré adopter cette approche dite *smart mix*¹⁹³.

En effet, le secteur du négoce de matières premières est, comme nous l'avons vu au cours de ce travail, important pour l'économie et la politique financière de la Suisse. De plus, les négociants suisses occupent également une place de choix au niveau mondial. La Suisse doit son succès dans le secteur en partie grâce à la venue d'entreprises étrangères sur son territoire. Néanmoins, cette industrie est confrontée à une forte concurrence à l'internationale. Des places économiques émergentes se sont favorablement positionnées face à la Suisse en terme de fiscalité et de coûts liés aux réglementations. Celles-ci font activement valoir ces arguments auprès des sociétés du secteur. L'évolution dans ce domaine dépend donc de la capacité de la Suisse à offrir à l'avenir un environnement juridique et économique concurrentiel et efficace en maintenant ainsi qu'en renforçant ses conditions-cadres attractives et fiables.

En plus de la concurrence, les acteurs du négoce font face à de nombreux défis, notamment en rapport avec les droits de l'homme et à l'environnement. Ce type de défi représente, pour les acteurs du secteur comme pour la Suisse, un risque de réputation et donc un risque pour la compétitivité économique du pays. Dès lors, il y a un intérêt stratégique à assurer que ce secteur prospère tout en garantissant le respect des droits de l'homme¹⁹⁴. Cependant, bien que la Suisse fut l'une des premières à adopter le Plan d'action national, celui-ci ne prévoit aucune nouvelle mesure contraignante quant au respect et à la mise en œuvre des droits de l'homme et de l'environnement contrairement aux Plans d'action d'autres Etats¹⁹⁵. Le contre-projet vient donc compléter celui-ci en introduisant une modification de loi et donc de nouvelles obligations contraignantes pour les entreprises suisses, notamment dans le secteur du négoce. Le devoir de diligence introduit par le contre-projet correspond aux standards internationaux et le régime de responsabilité, en plus de se conformer aux principes de bases énoncés dans les directives du Haut-Commissariat aux droits de l'homme¹⁹⁶, ne semble pas aller au-delà de la pratique des autres Etats qui prévoient une responsabilité explicite pour violations des droits de l'homme et de l'environnement¹⁹⁷. Ce contre-projet permet à la Suisse d'œuvrer dans le sens de la sécurité juridique et ainsi de rejoindre la France, les Pays-Bas ainsi que le Royaume-Uni dans leur pratique.

¹⁹² Message relatif à l'initiative populaire, p. 6024.

¹⁹³ La responsabilité sociétale des entreprises, p. 10 ; CHRISTINE KAUFMANN, *Konzernverantwortungsinitiative : Grenzenlose Verantwortlichkeit ?*, 2016, p. 45.

¹⁹⁴ DEPARTEMENT DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ENERGIE ET DE LA COMMUNICATION/OFFICE FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Economie verte : mesures de la Confédération pour préserver les ressources et assurer l'avenir de la Suisse*, Berne 2016, p. 24.

¹⁹⁵ CHRISTINE KAUFMANN, *Einleitung : "Sorgfalt von Unternehmen in Bezug auf Menschenrechte"*, 2017, p. 928 ; CHRISTINE KAUFMANN, *Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im international Vergleich*, PJA 8/2017 p. 972.

¹⁹⁶ Entreprises et droits de l'homme, p. 5, en effet, selon les directives du Haut-Commissariat aux droits de l'homme, les régimes nationaux de droit privé doivent établir des règles claires pour déterminer la responsabilité des actes commis par des filiales dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme.

¹⁹⁷ CHRISTINE KAUFMANN, CHRISTINE KAUFMANN, *Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung ?*, RSDA 4/2018 p. 340.

Toutefois, dans l'élaboration d'un tel contre-projet, il est nécessaire que la Suisse s'inspire des lois et pratiques mises en place par ses compatriotes européens plus avancés sur ces questions afin qu'elle puisse en tirer des leçons et considérer celles-ci dans la rédaction du contre-projet. En effet, le recul sur certaines mesures contraignantes déjà en vigueur dans d'autres pays permet de mieux saisir les enjeux et problèmes des entreprises face aux obligations introduites, notamment les incertitudes juridiques et les difficultés de transposition en pratique¹⁹⁸. En ce qui concerne les acteurs du secteur du négoce de matières premières, ceux-ci disposent désormais d'un outil *taylor-made* orienté vers la pratique et qui intègre les besoins spécifiques à cette industrie. Dans ce sens, un tel outil permet de pallier aux obstacles de la loi et de l'accompagner. Ainsi, seule la coexistence de ces deux mesures assurera aux sociétés du secteur du négoce une implémentation de leur devoir de diligence efficace et effective.

Les deux développements juridiques abordés, malgré le fait qu'ils aient pour objectif convergent d'implémenter les Principes directeurs de l'ONU, reposent sur des approches opposées : l'un est général et contraignant, l'autre est spécifique et non contraignant. Ces différences en terme d'approche ont pour conséquence la mise en œuvre d'un devoir de diligence de manière divergente. Tandis qu'une potentielle modification de la loi permet d'ancrer dans l'ordre juridique suisse un principe général de diligence raisonnable, le Guide apporte, quant à lui, les détails nécessaires à la concrétisation de ce devoir de diligence. De plus, ces différences d'approches relatives au devoir de diligence mènent à des conséquences également divergentes. Puisque le contre-projet oblige les entreprises à mettre en œuvre leur devoir de diligence afin de garantir le respect des droits de l'homme et de l'environnement, celles-ci peuvent être responsables sur le plan civil en cas de non conformité. Le Guide, en cas de non conformité au devoir de diligence attendu, explique quand et comment ces entreprises devraient collaborer ou réparer. Ainsi, l'éventuelle modification de la loi, bien que celle-ci soit générale et abstraite, œuvre pour la sécurité du droit alors que le Guide, dans sa démarche d'accompagnement du secteur du négoce de matières premières, permet une certaine prévisibilité du droit. Dans ce sens, ces deux mesures doivent être perçues, pour le secteur du négoce de matières premières, comme complémentaires puisqu'elles permettent chacune de combler les lacunes de l'autre.

Conclusion

Malgré une certaine opacité, nous pouvons aujourd'hui reconnaître la place importante du secteur du négoce de matières premières en Suisse et dans le monde entier. Le négoce de matières premières est un secteur très hétérogène et diversifié du fait qu'il regroupe des entreprises de toute taille qui négocient un panel de matières premières différentes. De plus, l'activité du négoce, ne se limitant pas à l'achat et la vente, englobe également le financement et le transport (maritime ou autres) des dites matières premières, le stockage ou le contrôle de qualité de celles-ci. C'est pourquoi, l'industrie nécessite d'interagir avec de nombreux partenaires commerciaux concurrents ou même, non actifs dans le secteur, qui gravitent autour de celui-ci. Suivant les marchandises que les sociétés négocient, l'activité du négoce implique également une chaîne d'approvisionnement plus au moins longue.

Du fait de sa complexité et des nombreux acteurs impliqués, l'activité du négoce de matières premières peut causer ou contribuer à un grand nombre de risques pour les droits humains et

¹⁹⁸ M. Bellan, *Le Conseil constitutionnel vide de sa substance la loi sur le devoir de vigilance*, Paris 2017 ; ACTANCE AVOCATS, *La Loi « RANA PLAZA » ou le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre envers leurs filiales et sous-traitants dans le monde*, Paris 2017 ; STRONGER TOGETHER, *Review of the UK Modern Slavery Act – one year on,*? 2016 ; C. HAUGHEY, *The Modern Slavery Act Review*, Londres 2016.

l'environnement. Par le passé, les sociétés actives dans le secteur ont plusieurs fois été dénoncées et même poursuivies en justice pour des violations des droits de l'homme et de l'environnement. Toutefois, faute de pouvoir se référer à un cadre réglementaire claire et effectif, voir même existant, les tribunaux suisses et étrangers n'ont pu mener des procès et rendre des jugements que de manière aléatoire dans ce domaine. Ceci eut pour conséquence qu'aucune multinationale suisse accusée de violations de droits de l'homme et/ou de l'environnement n'aient eu à répondre de leurs agissements.

Les Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011, en tant que standard international largement accepté par la communauté internationale, ont été mis en œuvre dans plusieurs pays et ont servi de base pour la rédaction de nombreuses mesures réglementaires. La Suisse œuvre également à l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU par le biais de son Plan d'action national adopté en 2016. Parmi les mécanismes de mise en œuvre inclus dans le Plan d'action nationale figure le Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce de matières premières. Ce Guide, à l'initiative du DFAE et du SECO, accompagne les représentants du secteur dans la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU dans leur organisation et leur culture d'entreprise et sert d'instrument dans le développement d'une pratique commune de négoce responsable en accord avec les standards internationaux de respect des droits de l'homme. Le Guide introduit et clarifie la diligence attendue des sociétés actives dans cette industrie.

Indépendamment de la Confédération, la société civile suisse veille également à la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU dans l'ordre juridique du pays. En effet, celle-ci souhaite, par le biais de l'initiative populaire fédérale déposée en 2016, implémenter ces principes directeurs dans la Constitution fédérale. L'objectif est d'obliger la Confédération à prendre des mesures contraignant les sociétés suisses à respecter les droits humains internationalement reconnus et les normes environnementales internationales, y compris à l'étranger. Malgré le fait que le Conseil fédéral encourage le rejet de l'initiative, le contre-projet, actuellement en discussion au Parlement, vise également à implémenter les principes découlant des Principes directeurs de l'ONU dans le droit suisse.

En conséquence, le Guide ainsi que le contre-projet, si celui-ci est adopté et que la loi est modifiée, introduisent et précisent le standard de diligence attendu du secteur du négoce de matières premières en matière d'entreprises et de droits de l'homme. Toutefois, bien que ces deux mesures aient le même objectif, celles-ci reposent sur des approches différentes et entraînent des conséquences également différentes, notamment en terme de responsabilité. Néanmoins, les divergences entre ces deux développements juridiques ne doivent pas mener à considérer ceux-ci comme deux instruments opposés. Au contraire, comme nous l'avons vu, chacun permet de combler les lacunes de l'autre. Ainsi, le Guide et le contre-projet doivent être considérées comme des mesures complémentaires, toutes deux nécessaires à une mise en oeuvre claire et effective des Principes directeurs de l'ONU par le secteur du négoce de matières premières.

Le Guide sur l'implémentation des Principes directeurs de l'ONU destiné au secteur du négoce de matières premières, issu d'un dialogue multipartite, est le premier guide de bonnes pratiques pour le secteur du négoce de matières premières. Tout comme les Principes directeurs de l'ONU, le Guide marque la fin du début et tend à devenir un standard de référence en matières de droits de l'homme pour l'industrie du négoce de matières premières en Suisse et, pourquoi pas, à l'étranger.

Bibliographie

Ouvrage :

Déclaration de Berne (édit.), *Swiss Trading SA : La Suisse, le négoce et la malédiction des matières premières*, Lausanne 2011.

Articles :

N. BUENO, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : état de la pratique en Suisse*, in : *Unternehmen und Menschenrechte*, PJA 8/2017 p. 1015.

CHRISTINE KAUFMANN, *Einleitung : "Sorgfalt von Unternehmen in Bezug auf Menschenrechte"*, in : *Unternehmen und Menschenrechte*, PJA 8/2017 p. 927.

CHRISTINE KAUFMANN, *Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung ?*, in : *Revue Suisse de droit des affaires et du marché financier*, RSDA 4/2018 p. 329.

CHRISTINE KAUFMANN, *Konzernverantwortungsinitiative : Grenzenlose Verantwortlichkeit ?*, RSDA 2016 p. 45.

CHRISTINE KAUFMANN, *Menschen- und umweltrechtliche Sorgfaltsprüfung im internationalen Vergleich*, PJA 8/2017 p. 967.

S. SAVOLAINEN/G. PACHOUD, *La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme*, *Revue de l'avocat* 2017 p. 489.

Décision :

Ministère public de la Confédération, *Einstellungsverfügung*, SV.13.1374-MUA, 10.3.2015.

Documents électroniques :

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES, *La Suisse et le négoce des matières premières : état des lieux et perspectives*, in : *Académies suisses* (<http://academies-suisse.ch>), *Swiss Academies Factsheets* vol.11 n°1, Berne 2016, p. « <http://academies-suisse.ch/fr/index/Publikationen/Swiss-Academies-Factsheets.html> », (12.12.18).

ACTANCE AVOCATS, *La Loi « RANA PLAZA » ou le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre envers leurs filiales et sous-traitants dans le monde*, in : *Actance avocats* (www.actanceavocats.com), Paris 2017, p. « <https://www.actanceavocats.com/actualites/actualite-legislative-ou-reglementaire/la-loi-rana-plaza-ou-le-devoir-de-vigilance-des-societes-meres-et-donneuses-d-ordre-envers-leurs-filiales-et-sous-traitants-dans-le-monde-16> », (12.12.18).

ASSOCIATION INITIATIVE MULTINATIONALES RESPONSABLES, *Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »*, in : *Initiative multinationales responsables* (<https://initiative->

multinationales.ch), Berne 2017, p. « https://initiative-multinationales.ch/wp-content/uploads/2018/05/20170912_Erläuterungen-FR.pdf », (11.12.18).

BANQUE NATIONALE SUISSE, *Balance des paiements et position extérieure de la Suisse 2017*, in : Banque nationale suisse (www.snb.ch), Zürich 2018, p. « https://www.snb.ch/fr/mmr/reference/bopiip_2017/source/bopiip_2017.fr.pdf », (09.12.18).

M. Bellan, *Le Conseil constitutionnel vide de sa substance la loi sur le devoir de vigilance*, in : les Echos (www.lesechos.fr), Paris 2017, p. « <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/responsabilite-assurances/0211905855508-devoir-de-vigilance-le-conseil-constitutionnel-vide-la-loi-de-sa-substance-la-loi-307773.php> », (12.12.18).

CENTRE EUROPE-TIERS MONDE, *Déclaration du CETIM sur les violations des droits de l'homme des travailleurs par Glencore*, in : CETIM (www.cetim.ch), Genève 2018, p. « <https://www.cetim.ch/declaration-cetim-violations-droits-de-lhomme-travailleurs-glencore/> », (12.12.18).

CENTRE EUROPE-TIERS MONDE, *Written statement*, in : CETIM (www.cetim.ch), Genève 2018, p. « https://www.cetim.ch/wp-content/uploads/Written_statement_CETIM_Glencore_ENG.pdf », (18.12.18).

CONSEIL FEDERAL, *Entreprises et droits de l'homme : analyse comparée des mesures judiciaires et non judiciaires offrant un accès à la réparation*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2018, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/53769.pdf> », (12.12.18). (Cité : Entreprises et droits de l'homme)

CONSEIL FEDERAL, *La responsabilité sociétale des entreprises : positions et plan d'action du Conseil fédéral concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2015, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/38882.pdf> », (12.12.18) . (Cité : La responsabilité sociétale des entreprises)

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2017, p. « <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/5999.pdf> », (11.12.18). (Cité : Message relatif à l'initiative populaire).

CONSEIL FEDERAL, *Rapport sur la Stratégie de la Suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2016, p. « <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/46598.pdf> », (09.12.18).

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL NATIONAL, *Rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du 18 mai 2018 sur les propositions de la commission en vue du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme*, in : Parlement (www.parlament.ch), Berne 2018, p. « <https://www.parlament.ch/centers/documents/fr/bericht-rk-n-16-077-2018-05-18-f.pdf> », (11.12.18).

DEPARTEMENT DES AFFAIRES ETRANGERES, *Stratégie droits de l'homme du DFAE 2016-2019*, in : Département fédéral des affaires étrangères (www.eda.admin.ch), Berne 2016, p. « https://www.eda.admin.ch/dam/eda/fr/documents/publications/MenschenrechtehumanitaerePolitikundMigration/Strategie-Menschenrechte-160224_FR.pdf », (12.12.18).

DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES/DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ECONOMIE, DE LA FORMATION ET DE LA RECHERCHE, *Rapport de base : matières premières*, in : Confédération suisse (www.admin.ch), Berne 2013, p. « <https://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30134.pdf> », (09.12.18).

DEPARTEMENT FEDERAL DES AFFAIRES ETRANGERES/SECRETARIAT D'ETAT A L'ECONOMIE, *The Commodity Trading Sector : Guidance on implementing the UN guiding principles on Business and Human Rights*, in : Institute for Human Rights and Business (www.ihrb.org), Londres 2018, p. « https://www.ihrb.org/uploads/reports/Commodities_Guidance_UNGPS_November_2018.pdf », (09.12.18).

DEPARTEMENT DES AFFAIRES REGIONALES, DE L'ECONOMIE ET DE LA SANTE DE LA REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE, *Conseil stratégique de la promotion économique (CSPE) : négoce des matières premières*, in : Swiss trading and shipping association (www.stsaswiss.ch), Genève 2012, p. « », (09.12.18).

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ENERGIE ET DE LA COMMUNICATION/OFFICE FEDERAL DE L'ENVIRONNEMENT, *Economie verte : mesures de la Confédération pour préserver les ressources et assurer l'avenir de la Suisse*, in : Office fédéral de l'environnement (www.bafu.admin.ch), Berne 2016, p. « <https://www.bafu.admin.ch/bafu/fr/home/themes/economie-consommation/info-specialistes/economie-verte.html> », (12.12.18).

N. EGGERT, *Commodity trading monitoring report*, in : Université de Genève (www.unige.ch), Genève 2017, p. « <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94096> », (09.12.18).

FEDERATION INTERNATIONALE DES LIGUES DES DROITS DE L'HOMME, *L'affaire du "Probo Koala" ou la catastrophe du déversement des déchets toxiques en Côte d'Ivoire*, in : Fédération internationale des ligues des droits de l'Homme (www.fidh.org), Paris 2011, p. « https://www.fidh.org/IMG/pdf/FIDH-LIDHO-MIDH_Rapport_ProboKoala_avril2011.pdf », (16.12.18).

V. GOGNIAT, *En Suisse, des centaines de PME du négoce vivent dans l'ombre*, in : Le Temps (www.letemps.ch), Lausanne 2015, p. « <https://www.letemps.ch/economie/suisse-centaines-pme-negoce-vivent-lombre> », (09.12.18).

C. HAUGHEY, *The Modern Slavery Act Review*, in : UK Government (www.gov.uk), Londres 2016 p. « https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/542047/2016_07_31_Haughey_Review_of_Modern_Slavery_Act_-_final_1.0.pdf », (12.12.18).

INDUSTRIALL, *IndustriALL soulève des violations de droits humains de Glencore auprès du Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU*, in : IndustriALL Global Union (<http://www.industrial-union.org>), Genève 2018, p. <http://www.industrial-union.org/fr/industrial-souleve-des-violations-de-droits-humains-de-glencore-aupres-du-conseil-des-droits-de>, (12.12.18).

INSTITUTE FOR HUMAN RIGHTS & BUSINESS, *The Swiss Commodities Trading Industry : a Mapping Study*, in : Institute for Human Rights and Business (www.ihrb.org), Londres 2017, p. https://www.ihrb.org/uploads/reports/IHRB%2C_The_Swiss_Commodities_Trading_Sector_-_A_Mapping_Study%2C_Mar_2017.pdf», (09.12.18).

ORGANISATION DE COOPERATION ET DE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUES, *Les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, in : OECD Guidelines for Multinational Enterprises (<http://mneguidelines.oecd.org>), Paris 2011, p. <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>», (09.12.18).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*, in : Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme (www.ohchr.org), Genève 2011, p. https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_fr.pdf», (09.12.18).

PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CAREME, *Des multinationales suisses violent régulièrement les droits humains*, in : voir et agir (<https://voir-et-agir.ch>), Lausanne 2018, p. https://voir-et-agir.ch/content/uploads/2018/03/Factsheet_KoVI_F.pdf », (16.12.18).

PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CAREME, *Glencore en RD Congo : une diligence raisonnable incomplète*, in : voir et agir (<https://voir-et-agir.ch>), Lausanne 2018, p. https://voir-et-agir.ch/content/uploads/2018/04/Rapport_Glencore_Congo_2018_F.pdf », (14.12.18)

J. G. RUGGIE, *Presentation of Report to United Nations Human Rights Council*, in : Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme (www.ohchr.org), Genève 2011, p. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/TransCorporations/HRC%202011_Remarks_Final_JR.pdf, (18.12.18).

STRONGER TOGETHER, *Review of the UK Modern Slavery Act – one year on*, in : Stronger Together (www.stronger2gether.org), ? 2016, p. <https://www.stronger2gether.org/review-of-the-uk-modern-slavery-act-one-year-on/> », (12.12.18).

SWISSBANKING, *La Suisse, place de négoce de matières premières*, in : SwissBanking (www.swissbanking.org), Bâle 2013, p. http://shop.sba.ch/999930_f.pdf », (09.12.18).

M. TODESCO, *Glencore épinglé aux Nations Unies*, in : Le Courrier (<https://lecourrier.ch>), Genève 2018, p. <https://lecourrier.ch/2018/07/30/glencore-epingle-aux-nations-unies/> », (12.12.18).

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Nicolas Bueno d'avoir accepté la direction de mon travail de master et surtout d'avoir suscité mon envie d'écrire ce travail dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme lors de son cours de droit international économique.

Je remercie Mr Graber et Mme Eggert de l'association STSA pour le temps consacré et pour leur vision pratique de la problématique des droits de l'homme et de l'environnement dans le secteur du négoce de matières premières, vision précieuse et nécessaire à la rédaction de ce travail.

Par ce travail, je souhaite également rendre hommage au 7^{ème} Forum des Nations unies sur les entreprises et les droits de l'homme auquel j'ai eu la chance d'assister.