

La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : État de la pratique suisse

NICOLAS BUENO*

Abstract : Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme donnent une première indication sur les mesures qu'une entreprise devrait prendre en vue de respecter les droits de l'homme, également à l'étranger. Si pour l'heure, la doctrine internationale en la matière a porté principalement sur des affaires anglo-américaines de violations des droits humains commises par des entreprises, il existe aussi une pratique suisse. Cette contribution présente les affaires IBM(Genève), FIFA et Glencore en matière civile ainsi que Von Roll, Nestlé et Argor en matière pénale. Cette pratique est présentée en vue d'illustrer les Principes directeurs des Nations Unies dans un contexte suisse. Cette contribution a pour but d'inviter les autorités judiciaires à se référer au standard international pour évaluer le comportement d'entreprises multinationales suisses dans l'attente d'une législation plus précise en la matière.

Plan

- I. Introduction
- II. La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme
 - A. La diligence raisonnable: prendre les mesures appropriées
 - B. La réparation
- III. L'état de la pratique suisse
 - A. Les affaires suisses en matière civile
 1. IBM(Genève)/Allemagne
 2. FIFA/Qatar
 3. Glencore/Zambie
 - B. Les affaires suisses en matière pénale
 1. Von Roll/Iraq
 2. Nestlé/Colombie
 3. Argor/Congo
- IV. Conclusion

I. Introduction

Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹ définissent le processus de diligence raisonnable que les entreprises doivent adopter en vue de respecter les droits de l'homme. Cette contribution illustre ces Principes directeurs à la lumière de la pratique suisse et invite les autorités judiciaires suisses à s'y référer pour évaluer le comportement à venir d'entreprises établies en Suisse.

La contribution présente les mesures appropriées que les entreprises devraient prendre pour prévenir et atténuer des incidences négatives² sur des droits de l'homme. Elle précise ensuite le lien entre le manquement de prendre les mesures appropriées et la question de la réparation en cas d'atteinte. Elle analyse enfin les affaires IBM(Genève)/Allemagne, FIFA/Qatar et Glencore/Zambie en matière civile ainsi que les affaires Von Roll/Iraq, Nestlé/Colombie et Argor/Congo en matière pénale. Toutes ont porté sur la violation présumée ou établie de droits humains à l'étranger par des entreprises ayant leur siège en Suisse.

* NICOLAS BUENO, Dr. iur., Chercheur postdoctoral invité au Centre for the Study of Human Rights à la London School of Economics and Political Science; (Twitter) @NBueno_UZH. Nicolas.Bueno@uzh.ch. Accepted manuscript published in Nicolas Bueno, [La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : État de la pratique suisse](#), Aktuelle Juristische Praxis 2017/8, p. 1015-1023

¹ NATIONS UNIES, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : Mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies, 2011 [Principes directeurs NU].

² Le terme d'incidence négative est utilisé par les Principes directeurs des Nations Unies.

II. La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme

Le deuxième pilier des Principes directeurs des Nations Unies concerne la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme.³ Cette même responsabilité est inscrite au chapitre IV des Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales.⁴ Ces deux sources donnent une première indication sur ce qui est attendu d'une entreprise en matière de droits de l'homme. Les Principes directeurs des Nations Unies distinguent notamment entre l'engagement politique que l'entreprise doit formuler en la matière (Principe 16), la diligence raisonnable qu'elle doit exercer (Principes 17-21) et les questions de réparation en cas d'incidences négatives sur les droits de l'homme (Principe 22). Cette contribution présente les mesures appropriées qu'une entreprise devrait prendre dans le cadre de sa diligence raisonnable (A) et les questions de réparation qui se posent en cas d'atteinte (B). La présentation du standard international permettra de contextualiser la pratique suisse présentée dans la section III.

A. La diligence raisonnable : prendre les mesures appropriées

Au cœur de la responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme se trouve la diligence raisonnable qu'elles doivent exercer en la matière. La diligence raisonnable est le processus qui permet aux entreprises d'identifier leurs incidences sur les droits de l'homme (Principe 18), de prévenir ces incidences et d'en atténuer les effets (Principes 19 et 20) ainsi que de rendre compte de la manière dont elles y remédient (Principe 21).⁵ Tant les Principes directeurs des Nations Unies que ceux de l'OCDE précisent ce qui est attendu des entreprises pour chaque étape de ce processus.⁶ De manière générale, la nature et la portée de la diligence raisonnable dépendent des circonstances propres à une situation particulière.⁷ Elle sera plus ou moins complexe suivant la taille de l'entreprise commerciale, le risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits de l'homme et la nature et le cadre de ses activités.⁸

Le Principe 19 des Nations Unies porte plus précisément sur les mesures appropriées que l'entreprise devrait prendre pour prévenir ou atténuer des incidences actuelles ou potentielles sur les droits de l'homme. Il distingue trois cas de figure. Lorsque l'entreprise *cause* ou peut causer l'incidence négative, elle doit prendre les mesures nécessaires pour la prévenir ou la faire cesser.⁹ C'est le cas, par exemple, d'une entreprise qui pollue l'eau à cause de produits chimiques utilisés dans son processus de production.¹⁰ Dans ce cas, elle cause l'incidence négative et doit la faire cesser.

³ Cf. également NATIONS UNIES, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme: Guide interprétatif, 2012, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR_PUB_12_2_fr.pdf (consulté le 15.6.2017).

⁴ OCDE, Principes directeurs de l'OCDE à l'attention des entreprises multinationales, 2011 [Principes directeurs OCDE].

⁵ Cf. Principes directeurs NU, princ. 17; Principes directeurs OCDE, chap. II, commentaire § 14 et chap. IV, commentaire § 45.

⁶ cf. p. ex. OLGA MARTIN-ORTEGA, Human Rights Due Diligence for Corporations : from Voluntary Standards to Hard Law at Last? 32 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2014), 56 ; NICOLAS BUENO, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, 21 (5) *The International Journal of Human Rights* (2017), 571 s.

⁷ Principes directeurs OCDE, chap. II, A § 10.

⁸ Principes directeurs NU, princ. 17(b).

⁹ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire.

¹⁰ NATIONS UNIES, Guide interprétatif (n. 3), 19.

Si l'entreprise *contribue* ou peut contribuer à une incidence négative, elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution.¹¹ La contribution est définie comme une activité qui provoque, facilite ou incite une autre entité à provoquer une incidence négative, et n'inclut pas les contributions mineures ou négligeables.¹² La contribution implique donc une autre entité : une filiale ou un fournisseur notamment. Il y a contribution, par exemple, lorsque l'entreprise change les exigences de production destinées aux fournisseurs sans adapter les prix et les délais de production, poussant ainsi les fournisseurs à violer les normes du travail afin de pouvoir livrer.¹³ En plus de prendre des mesures pour faire cesser sa contribution, l'entreprise doit par ailleurs user de son influence sur l'entité qui cause l'incidence pour l'atténuer.¹⁴ Il y a influence lorsque l'entreprise a la capacité d'apporter des changements aux pratiques illicites d'une entité qui commet un abus.¹⁵

Que l'entreprise cause ou contribue à l'incidence négative, dans les deux cas, ce sont ses propres activités qui lui sont reprochées.¹⁶ Une incidence négative sur les droits de l'homme peut encore être *directement liée* à son activité, ses produits ou ses services du fait de sa *relation commerciale* avec l'entité qui commet l'incidence sans toutefois que l'entreprise y contribue.¹⁷ Les Nations Unies donnent l'exemple d'un fournisseur qui agit contrairement aux termes de son contrat en recourant au travail des enfants ou au travail forcé pour fabriquer un produit pour l'entreprise sans aucune pression directe ou indirecte de la part de l'entreprise qui achète la production.¹⁸ En effet, si l'entreprise faisait pression sur le fournisseur, elle *contribuerait* à l'incidence négative par sa propre activité comme dans l'exemple ci-dessus. L'action appropriée dans ce troisième scénario dépend alors de l'influence de l'entreprise sur l'entité en question, de l'importance de la relation pour l'entreprise ou encore de la gravité de l'atteinte. Dans tous les cas, il faut distinguer. Si l'entreprise a une influence sur l'entité connexe, elle doit l'exercer.¹⁹ Si elle n'a pas ce pouvoir, elle doit chercher à l'accroître. Enfin, si cela lui est impossible, elle devrait envisager de mettre un terme à sa relation.²⁰

Ces catégories restent à clarifier, notamment pour les cas d'omissions.²¹ Lorsqu'une filiale cause une incidence négative et que la société-mère reste passive, cette dernière contribue-t-elle à l'incidence négative en la facilitant par sa passivité ou s'agit-il d'une incidence directement liée à ses activités ? Qu'en-est-il du contractant qui ferme les yeux sur les pratiques illégales d'un fournisseur qui peut livrer à bas prix ? En pratique, ces questions semblent en partie résolues par la notion d'influence. L'entreprise qui peut influencer le comportement d'une autre entité doit l'exercer. Il y a un devoir d'agir. Les Principes directeurs prennent par ailleurs le soin de préciser qu'il faut comprendre par « activités », ce que l'entreprise fait comme ce qu'elle omet de faire.²² Le contraire reviendrait sinon à récompenser la passivité d'une entreprise qui se distancie des activités de sa filiale ou de son

¹¹ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire.

¹² Principes directeurs OCDE, chap. II, A. § 11.

¹³ NATIONS UNIES, Guide interprétatif (n. 3), 19.

¹⁴ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire.

¹⁵ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire ; Principes directeurs OCDE, chap. II, commentaire § 19.

¹⁶ Principes directeurs NU, princ. 13(a).

¹⁷ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire; Principes directeurs OCDE, chap. II, A. §12.

¹⁸ NATIONS UNIES, Guide interprétatif (n. 3), 56. Pour un exemple dans lequel une incidence ne serait plus directement liée aux opérations d'une entreprise, CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, RSDA (2016), 51.

¹⁹ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire; Principes directeurs OCDE, chap. II, commentaire §§ 20-21.

²⁰ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire. Cf. Principes directeurs OCDE, chap. II, commentaire § 22 pour les étapes avant la rupture de la relation.

²¹ Cf. sur ces scénarios CHRISTINE KAUFMANN ET AL., Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, Berne 2016, 16 s; OLIVIER DE SCHUTTER, 'Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights', in E. Riedel/G. Giacca/C. Golay (eds.), Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges, Oxford 2014, 215 s.

²² Principes directeurs NU, princ. 13, commentaire.

fournisseur.²³ Pour le groupe de sociétés, l'OCDE confirme d'ailleurs que la mission de surveillance qui incombe au conseil d'administration du groupe implique de contrôler en permanence les structures internes d'un groupe afin de s'assurer que les responsabilités y sont clairement définies.²⁴ Les affaires Nestlé/Colombie et Glencore/Zambie permettront de clarifier les notions de contribution, de lien direct, mais surtout d'influence au sein d'un groupe de sociétés. Les affaires IBM(Genève)/Allemagne, Von Roll/Iraq ou Argor/Congo concernent des violations de droits de l'homme commis par des partenaires contractuels, parfois étatiques.

B. La réparation

Les Principes directeurs des Nations Unies ne recommandent pas l'adoption d'un type particulier de responsabilité, pénale ou civile, comme conséquence légale d'un manquement de l'entreprise à l'exercice sa diligence raisonnable. Ils apportent toutefois des précisions à la question de la réparation dans le cas où une incidence sur les droits de l'homme s'est produite. Les entreprises qui déterminent avoir causé ou contribué à une incidence négative doivent la réparer directement.²⁵ Cela entre dans le cadre de leur responsabilité de respecter les droits de l'homme. Quant à l'État, et quel que soit le scénario, il doit prévoir des mécanismes, notamment judiciaires, à même de fournir une réparation si l'entreprise ne le fait pas, par exemple, parce que les parties ne sont pas d'accord sur la réparation appropriée.²⁶

En ce qui concerne ces mécanismes judiciaires, les États devraient ensuite s'assurer qu'ils n'érigent pas d'obstacles juridiques et pratiques propres à empêcher que des recours soient formés devant les tribunaux.²⁷ Parmi les obstacles juridiques figure expressément la manière dont la responsabilité juridique est répartie entre les membres d'un groupe d'entreprises en vertu du droit pénal et civil interne. Comme le relève les Nations Unies, cette répartition ne devrait pas permettre d'éviter plus facilement d'établir correctement les responsabilités au sein d'un groupe de sociétés.²⁸ Pour le reste, il appartient à chaque État de déterminer les conditions matérielles de responsabilité civile, pénale ou administrative d'une entreprise.

La partie qui suit présente la pratique suisse. Cinq affaires ont été portées devant les tribunaux suisses et ont eu pour objet la responsabilité civile ou pénale d'une entreprise établie en Suisse pour une atteinte aux droits de l'homme à l'étranger. L'affaire Glencore n'a pas été portée devant les tribunaux suisses bien qu'une filiale étrangère ait été reconnue responsable de causer une atteinte aux droits de l'homme en Zambie. Cette partie distingue les affaires en matière civile (A.) des affaires en matière pénale (B).

III. L'état de la pratique suisse

A. Les affaires suisses en matière civile

²³ DE SCHUTTER (n. 21), 202 s dans un groupe de sociétés; BUENO (n. 6), 578 dans un groupe de sociétés et par analogie dans la relation contractant-fournisseur.

²⁴ Principes directeurs OCDE, chap. II, § 9. Voir également DE SCHUTTER (n. 21), 212.

²⁵ NATIONS UNIES, Guide interprétatif (n. 3), 71.

²⁶ NATIONS UNIES, Guide interprétatif (n. 3), 73.

²⁷ Principes directeurs NU, princ. 26, commentaire.

²⁸ Principes directeurs NU, princ. 26, commentaire.

En matière civile, la doctrine suisse relative aux questions d'économie et de droits de l'homme se concentre pour l'heure sur le droit de la responsabilité délictuelle. L'art. 41 CO, voire la responsabilité de l'employeur de l'art. 55 CO, sont abordés comme fondement potentiel de réparation du dommage en cas d'atteinte à l'étranger à un droit de l'homme commis par une entreprise établie en Suisse. Cette littérature a largement abordé les questions de compétence et de droit applicable pour les actes illicites en matière internationale;²⁹ un peu moins précisément les conditions matérielles de la responsabilité d'une société-mère ou contractante si le droit suisse trouvait à s'appliquer.³⁰ La jurisprudence, pour sa part, n'a pas encore établi les conditions matérielles de la responsabilité délictuelle d'une entreprise établie en Suisse pour une atteinte aux droits humains à l'étranger de sorte que, pour l'heure, ces conditions ont été traitées dans l'abstrait. Trois affaires au moins permettent toutefois d'éclairer la discussion.

1. IBM(Genève)/Allemagne

Dans cette affaire bien antérieure au développement du droit international présenté ci-dessus, une association représentant les intérêts de cinq tsiganes ayant séjourné dans des camps de concentration durant la seconde guerre mondiale reprochait à IBM des actes commis entre 1933 et 1945 au sein de son établissement de Genève. Selon l'association, IBM aurait fourni aux nazis une vaste assistance technologique, lors de la procédure de recensement de la population, jusqu'aux décomptes des victimes dans l'enceinte des camps de concentration.³¹ Le 31 janvier 2002, l'association a déposé une demande en dommages-intérêts et en réparation du tort moral devant les autorités judiciaires genevoises à l'encontre d'IBM sur la base de l'art. 41 CO.

Dans un premier temps, l'examen du Tribunal fédéral s'est limité à la question de la compétence des tribunaux genevois.³² À ce stade de la procédure, il ne s'est pas prononcé sur les conditions matérielles de l'art. 41 CO, notamment sur l'existence d'une faute ou d'un lien de causalité. Pour déterminer l'existence d'un for à Genève, il a toutefois examiné, sous l'angle de la vraisemblance, l'existence d'actes illicites de la part d'IBM depuis son établissement de Genève. Il a jugé vraisemblable qu'IBM ait fourni une assistance technique à ses clients nazis dont elle devait connaître les besoins dans les détails pour élaborer la procédure optimale d'utilisation des machines qui leur étaient louées. Du reste, le tribunal a relevé que les intentions d'Hitler à l'encontre des juifs étaient annoncées dès 1933 et leur étendue aux tsiganes, à partir de 1938.³³ Il a conclu, sans préjuger sur le fond, qu'IBM pouvait avoir commis des actes de complicité de génocide et donc qu'il n'était pas exclu que l'entreprise ait exercé à Genève un acte illicite, ce qui était suffisant à établir la compétence des tribunaux suisses.³⁴

²⁹ Cf. parmi d'autres ALAIN HOSANG/INGEBORG SCHWENZER, *Menschenrechtsverletzungen: Schadenersatz vor Schweizer Gerichten*, RSDIE 2011, 273-291; CHRISTINE KAUFMANN ET AL., *Mise en œuvre des droits humains en Suisse : Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie*, Berne 2013, 55-56 ; de manière exhaustive: GREGOR GEISSER, *Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für 'Menschenrechtsverletzungen' bei internationalen Sachverhalten*, Zurich 2013.

³⁰ Cf. toutefois GEISSER (n. 29), 469 ss ; NICOLAS BUENO/SOPHIE SCHEIDT, *Die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechten bei Auslandsaktivitäten*, Wien 2015, 7-8 ; KAUFMANN ET AL (n. 29), 43 ; FRANÇOIS MEMBREZ, *Étude juridique : Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses*, 2.2012, http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf (consulté le 15.6.2017).

³¹ ATF 131 III 153, 154.

³² Sur ces questions, IVO SCHWANDER, *Internationale Zuständigkeit und andere Verfahrensfragen: Besprechung des Bundesgerichtsentscheids vom 22. Dezember 2004 (BGE 131 III 153 ff.)*, SZIER, 524 s; IVO SCHWANDER, *Besprechung neuerer Gerichtsentscheidungen zum internationalen Ziliprozessrecht*, in K. Spühler (éd.), *Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V*, Zurich 2005, 118 ss; GEISSER (n. 29), 221 ss.

³³ ATF 131 III 153 c. 6.4. Cf. GEISSER (n. 29), 223 s pour le détail.

³⁴ ATF 131 III 153 c. 6.4.

Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral s'est penché sur la prescription de l'action en responsabilité. Il a jugé que le délai de prescription pénale de plus longue durée prévue à l'art. 60 al. 2 CO devait être déterminé en vertu du droit pénal suisse³⁵ et non du droit étranger, notamment allemand.³⁶ Il a relevé que la prescription du crime envisageable était toutefois acquise. Selon le Tribunal fédéral, l'association ne pouvait donc se prévaloir, sur le plan civil, d'une prescription de plus longue durée découlant du droit pénal suisse.³⁷

Dans le contexte actuel de la responsabilité de l'entreprise de respecter les droits de l'homme, l'affaire IBM pourrait être interprétée comme une contribution d'une entreprise par ses propres activités en soutenant le génocide perpétré par le régime nazi par la fourniture de sa technologie. Dans un cas de contribution, les Principes directeurs des Nations Unies préconisent que l'entreprise prenne deux mesures : qu'elle fasse cesser sa contribution et qu'elle exerce son influence³⁸ sur l'entité qui commet la violation. Voilà deux critères qu'un juge pourrait retenir dans le cadre d'une affaire de responsabilité délictuelle pour déterminer à l'avenir si une entreprise qui contribue à la violation des droits humains à l'étranger a eu un comportement fautif au sens de l'art. 41 CO. Quant à la prescription, les Principes directeurs n'en font pas mention. Il s'agit sans aucun doute d'un obstacle juridique propre à empêcher que des recours soient formés devant les tribunaux.³⁹ Au regard du Principe 26 des Principes directeurs, la Suisse devrait seulement s'assurer que la prescription ne puisse pas être invoquée dans ce but.

2. FIFA/Qatar

Dans une affaire récente et dont les faits sont survenus après l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies, un travailleur Bangladeshi et des syndicats défendant les intérêts des travailleurs au Qatar ont déposé une action auprès du Tribunal de commerce de Zurich contre la Fédération Internationale de Football Association (FIFA) qui a son siège à Zurich. Les syndicats demandaient que la FIFA cesse les atteintes illicites à la personnalité des travailleurs migrants actifs dans la construction des infrastructures de la Coupe du monde 2022 au Qatar. Quant au travailleur, il réclamait les dommages-intérêts et la réparation de son tort moral pour les conditions de travail qu'il a endurées sur les chantiers.⁴⁰

Dans sa décision du 3 janvier 2017, le Tribunal de commerce n'est pas entré en matière. Il a rejeté la demande des syndicats au motif qu'ils ne précisaient pas suffisamment les mesures que la FIFA devait prendre et envers qui.⁴¹ Ironie du sort, en mai 2017, la FIFA a reconnu lors du processus de médiation mené par le point de contact national suisse la responsabilité qui lui incombe en vertu des Principes directeurs de l'OCDE de mettre en place un processus de diligence raisonnable et d'exercer son influence sur toutes les parties prenantes au Qatar en vue d'améliorer la condition des travailleurs dans la construction d'infrastructure en lien avec la Coupe du monde.⁴²

Le tribunal s'est davantage prononcé sur la demande du travailleur Bangladeshi concernant les violations des droits de l'homme qu'il aurait subies en raison du système qatari du kafala. Ce système oblige un travailleur étranger à obtenir le soutien d'un employeur qatari, le kafeel, qui autorise sa venue, son retour et contrôle son séjour. Dans le cas d'espèce, le demandeur faisait valoir que son

³⁵ ATF 132 III 661 c. 4.2.

³⁶ Cf. critique de GEISSER (n. 29), 515 s.

³⁷ ATF 132 III 661 c. 4.3.

³⁸ Cf. également *infra* pour l'exercice d'une influence sur une entité étatique dans l'affaire Von Roll/Iraq.

³⁹ GWYNNE SKINNER/ROBERT MCCORQUOLE/OLIVIER DE SCHUTTER, Le troisième pilier: accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales, Bruxelles 2013, 51.

⁴⁰ HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017.

⁴¹ HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017, c. 3.2.3.

⁴² SECO, Point de contact national, Final Statement, Specific Instance regarding the Fédération Internationale de Football Association (FIFA) submitted by the Building and Wood Workers' International (BWI), 2.5.2017, 4.

passport lui avait été retiré par son kafeel dès son arrivée au Qatar, en août 2014, et qu'il lui avait été impossible de quitter le Qatar sans son autorisation. Par ailleurs, il aurait déposé une caution de USD 4'400 en vue d'être embauché dont seulement USD 400 lui auraient été restitués après son licenciement en janvier 2016. Enfin, il réclamait une réparation pour avoir été contraint de travailler dans des conditions d'hygiène misérables.⁴³ Le tribunal s'est déclaré incompétent en raison de la matière. Il a certes relevé l'argument du demandeur selon lequel la FIFA pouvait éventuellement avoir un devoir d'agir qui découlait de son pouvoir d'exiger le respect des droits de l'homme au Qatar en tant qu'organisateur de la Coupe du monde.⁴⁴ Il a toutefois conclu que même si un devoir d'agir existait pour la FIFA, influencer le processus politique du pays dans lequel une compétition internationale est organisée ne relèverait plus d'un litige commercial.⁴⁵

Dans sa décision qui s'est limitée à la question de la recevabilité, le tribunal zurichois n'a pas eu l'occasion d'évaluer l'affaire dans le contexte des discussions en cours en matière d'économie et de droits humains. Au regard des Principes directeurs des Nations Unies, cette affaire pourrait illustrer une incidence négative *directement liée* aux opérations d'une « entreprise commerciale », la FIFA, par sa relation commerciale avec un État, le Qatar. Dans cette hypothèse, la diligence raisonnable préconise qu'une entreprise exerce son influence sur les entités qui causent ou contribuent à l'incidence.⁴⁶ Lorsqu'une influence existe, il a devoir de l'exercer. Sans pour autant préjuger de la causalité, les Principes directeurs des Nations Unies et de l'OCDE peuvent pour le moins aider à déterminer l'existence d'un devoir d'agir et d'une éventuelle omission fautive dans le cadre de l'examen de la responsabilité délictuelle.

3. Glencore/Zambie

L'affaire Glencore/Zambie n'a pas été portée devant les tribunaux suisses. Elle concerne la responsabilité civile d'une mine zambienne détenue par l'entreprise Glencore qui a son siège dans le canton de Zoug. Dans cette affaire, les tribunaux zambiens ont établi la responsabilité délictuelle de la mine pour un décès, en décembre 2013, dû à l'émission de dioxyde de soufre provenant de la mine. Dans sa décision, le tribunal zambien a déterminé que la mine émettait du dioxyde de soufre au-delà des limites réglementaires et qu'elle avait dès lors une position de garant par rapport à la communauté alentour.⁴⁷ L'autopsie a confirmé que l'inhalation du dioxyde de soufre avait causé la mort de la victime.⁴⁸ Le tribunal a alloué des dommages-intérêts d'un montant de 400'000 kwacha (env. CHF 40'000) au mari de la victime pour indemniser sa perte de soutien jusqu'au moment où la victime aurait atteint l'âge de la retraite ;⁴⁹ celle-ci ayant exercé la profession de politicienne. La décision ne mentionne pas la question de la réparation morale.

Cette affaire soulève la question de la diligence raisonnable de l'entreprise Glencore, en tant que société-mère. Selon que Glencore ait fait pression sur les conditions de production de sa filiale ou non, cette affaire illustre soit une contribution de la société-mère, soit un décès directement lié à ses activités par sa relation avec sa filiale. Là encore, cela ne change rien au fait que dans un cas comme dans l'autre, il y a toujours un devoir d'exercer une influence existante sur la filiale. Dans un groupe de sociétés, il ressort par ailleurs des Principes de l'OCDE que la mission de surveillance incombe au conseil du groupe de contrôler en permanence les structures internes d'un groupe.⁵⁰ Si l'affaire avait

⁴³ HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017, c. 3.3.6.

⁴⁴ HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017, c. 3.3.6.

⁴⁵ HGer ZH, HG160261-O, 3.1.2017, c. 3.3.6.

⁴⁶ Comme cela été reconnu dans le processus de médiation du SECO. Cf. n. 42.

⁴⁷ High Court for Zambia at the District Registry Holden at Kabwe, *Geoffrey Elliam Mithi v. Mopani Coper Mines*, 2014/HB/048, 9.6.2016, 32.

⁴⁸ High Court for Zambia at the District Registry Holden at Kabwe, *Geoffrey Elliam Mithi v. Mopani Coper Mines*, 2014/HB/048, 9.6.2016, 36.

⁴⁹ High Court for Zambia at the District Registry Holden at Kabwe, *Geoffrey Elliam Mithi v. Mopani Coper Mines*, 2014/HB/048, 9.6.2016, 37.

⁵⁰ Cf. *supra* n. 24.

été déposée en Suisse pour établir la responsabilité de Glencore en tant que société-mère, un tribunal aurait pu s'orienter sur le cadre de référence international afin de juger des actes ou omissions de la société-mère au regard des art. 41 CO, voire 55 CO.

B. Les affaires suisses en matière pénale

Au moins trois affaires pénales ont concerné la responsabilité d'agents économiques établis en Suisse pour la violation présumée ou établie de droits humains à l'étranger. La première a été jugée avant l'introduction de la responsabilité pénale de l'entreprise de l'art. 102 CP. Il s'agit de l'affaire Von Roll qui concerne la responsabilité des employés et du chef d'une entreprise exportant du matériel de guerre. L'affaire Nestlé porte sur la responsabilité des personnes dirigeantes et subsidiairement de l'entreprise elle-même dans l'assassinat du dirigeant syndical d'une filiale colombienne appartenant au groupe. Enfin, l'affaire Argor concerne le raffinage d'or provenant d'une zone de conflit, constitutif d'un crime de guerre.

1. Von Roll/Iraq

Dans cette affaire, l'entreprise Von Roll avait conclu un contrat d'armement avec l'Iraq peu après la fin de la guerre qui l'opposait à l'Iran. En mai 1990, une livraison de matériel de guerre passant par l'Allemagne avait été arrêtée à l'aéroport de Francfort ; les autorités allemandes soupçonnant une livraison interdite d'exportation vers l'Iraq. Peu après, une nouvelle livraison avait été stoppée à Berne.⁵¹ Un employé de l'entreprise avait tenté de contourner l'interdiction par l'envoi du matériel en passant par une autre route.⁵²

En plus de la responsabilité de deux employés de Von Roll ayant activement participé à la livraison litigieuse,⁵³ le tribunal a établi la responsabilité du chef de l'entreprise pour avoir enfreint la loi sur le matériel de guerre.⁵⁴ Le Tribunal fédéral a tout d'abord relevé qu'il appartenait à une entreprise métallurgique productrice de pièces pour matériel de guerre, dans la mesure du possible, de prendre des mesures propres à exclure d'emblée la commission d'infractions à la loi sur le matériel de guerre.⁵⁵ Au plus tard au moment de la rétention de la livraison à Francfort, l'entreprise aurait dû vérifier la légalité du contrat d'armement avec l'Iraq. Elle était alors tenue d'empêcher d'autres livraisons avant que la question soit résolue.⁵⁶ Le Tribunal a déclaré en passant que dans une grande entreprise comme Von Roll, la responsabilité de prendre des mesures d'organisation nécessaires appartient à plusieurs personnes et notamment aux membres du conseil d'administration. Il a jugé que ce devoir, qui du reste ressortait de la loi sur le matériel de guerre elle-même, appartenait certainement au chef de l'entreprise Von Roll qui, par ailleurs, était responsable du service juridique. Il a conclu que ce dernier avait omis par négligence de prévenir une infraction à cette loi.⁵⁷

Au regard du standard international, une entreprise qui livre des armes à un pays en guerre contribue par ses propres activités à une incidence négative en matière de droits de l'homme.

⁵¹ ATF 122 IV 103, 107.

⁵² ATF 122 IV 103 c. IV.3.a.

⁵³ ATF 122 IV 103 c. IV.2.a et IV.3.a.

⁵⁴ Pour une affaire comparable antérieure, ATF 96 IV 155 (Von Bührle). Sur l'évolution de la jurisprudence Von Roll: ANDREW M. GARBARSKI, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Genève 2006, 320 s; ANDREW M. GARBARSKI/ALAIN MACALUSO, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008, 840 s; BSK StGB-SEELMANN, art 11 N 54 s, in Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger (éds.), Strafrecht I, Bâle 2013.

⁵⁵ ATF 122 IV 103 c. VI.2.a.bb; JdT 1997 IV 124.

⁵⁶ ATF 122 IV 103 c. VI.2.a.bb.

⁵⁷ ATF 122 IV 103 c. VI.2.c.

L'entreprise doit alors cesser sa contribution, la livraison litigieuse, et exercer son pouvoir d'influence sur l'entité qui cause l'incidence. Dans l'affaire Von Roll, comme dans l'affaire IBM, la question se pose du degré d'influence qu'une entreprise peut avoir sur un client étatique. Bien que les Principes directeurs des Nations Unies prévoient que les relations commerciales comprennent également les relations avec une entité étatique, ils ne précisent pas plus avant les mesures appropriées à prendre pour influencer ce genre de clients. Dans les situations dans lesquelles l'entreprise n'a pas le pouvoir de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives, les Principes directeurs recommandent toutefois aux entreprises d'envisager de mettre un terme à la relation.⁵⁸

2. Nestlé/Colombie

En septembre 2005, un dirigeant syndical travaillant pour une filiale colombienne de Nestlé avait été assassiné en Colombie à la suite d'un conflit de travail. La justice colombienne a poursuivi et condamné certains responsables individuels œuvrant pour un groupe paramilitaire. En mars 2012, la veuve du dirigeant syndical a déposé une plainte en Suisse contre les personnes dirigeantes de Nestlé après que la justice colombienne décide de ne pas ouvrir d'enquête sur les éventuelles responsabilités des personnes dirigeantes de la filiale colombienne. Elle leur avait en effet reproché d'avoir accusé à tort son mari d'être un combattant de la guérilla, augmentant de ce fait son risque d'être assassiné.⁵⁹ Quant aux personnes dirigeantes en Suisse, elles auraient pris ou envisagé des mesures insuffisantes, respectivement inadaptées, pour empêcher le décès de son mari.⁶⁰

La décision du tribunal fédéral a porté sur la prescription et la nature juridique de l'art. 102 al. 1 CP.⁶¹ Pour ce qui est des responsabilités individuelles, il a déterminé que l'homicide par négligence était prescrit. En ce qui concerne la responsabilité subsidiaire de l'entreprise, il a précisé que l'art. 102 al. 1 CP n'avait pas pour but de prévenir une infraction, mais d'assurer qu'une infraction puisse être imputée à une personne physique déterminée.⁶² Cet article impose uniquement à l'entreprise de définir clairement les postes, les compétences et les responsabilités au sein de l'entreprise⁶³ afin que les autorités de poursuite pénales puissent déterminer la personne responsable. Il a jugé que cette infraction était également prescrite.

Au regard du standard international, l'affaire Nestlé illustre la situation d'un assassinat *directement lié* aux opérations d'une entreprise du fait de sa relation commerciale avec sa filiale ; la filiale aurait elle-même *contribué* à l'assassinat en accusant publiquement un dirigeant syndical d'appartenir à la guérilla. Dans ces circonstances, le standard international recommande à l'entreprise d'exercer son influence sur l'entité qui contribue à l'incidence : la filiale. Pour le groupe de sociétés, il appartient par ailleurs au conseil du groupe de contrôler en permanence les structures internes du groupe.⁶⁴ Dans les affaires à venir, un juge pourrait évaluer les mesures prises par la société-mère pour établir les responsabilités au sein du groupe et celles prises en vue d'apporter des changements aux pratiques illicites de sa filiale. À noter que l'art. 102 al. 1 CP ne permet pas un tel examen de la

⁵⁸ Principes directeurs NU, princ. 19, commentaire

⁵⁹ Pour une présentation de la plainte, PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte : eine Pflicht für Multinationale Unternehmen ?, in Angela Cavallo et al. (eds.) Liber amicorum für Andreas Donatsch : Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zurich 2012, 704-706. Mentionnée dans KAUFMANN ET AL., (n. 29), 57-58.

⁶⁰ TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, c. 2.2.2.

⁶¹ Sur la prescription, ALAIN MACALUSO/ANDREW M. GARBARSKI, TF du 21.07.2014: responsabilité pénale de l'entreprise; nature juridique de la norme; prescription de l'action pénale, *forumpoenale* 2014, 322 ss.

⁶² TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, c. 3.4.3.

⁶³ TF, 6B_7/2014, 21.7.2014, c. 3.4.3.

⁶⁴ Cf. *supra*, II.A.

diligence raisonnable, car il n'a pas pour but de prévenir une infraction commise par une entreprise au contraire de l'art. 102 al. 2 CP.⁶⁵

3. Argor/Congo

Dans cette affaire, l'entreprise Argor était soupçonnée d'avoir raffiné de l'or, entre 2004 et 2005, provenant d'une zone de conflit en République démocratique du Congo. Le Ministère public a ouvert une enquête contre son vice-président et, à titre subsidiaire, contre l'entreprise Argor pour complicité de pillage à titre de méthode de guerre et blanchiment d'argent en lien avec ce crime de guerre. Il a rendu une ordonnance de classement le 10 mars 2015.⁶⁶

Le Ministère public avait pourtant estimé que l'or raffiné par Argor provenait très certainement d'une zone de conflit à la frontière entre la République démocratique du Congo et l'Ouganda et qu'il avait donc été pillé.⁶⁷ Dans l'examen de la complicité de pillage, il a ajouté qu'Argor contribuait de ce fait objectivement aux crimes de guerre perpétrés dans la région. Subjectivement toutefois, aucun indice ne démontrait que les prévenus connaissaient les intentions de l'auteur du pillage. Selon le Ministère public, Argor avait au contraire fait confiance aux déclarations de son client suivant lesquelles l'or qu'il importait lui-même depuis l'Ouganda provenait d'un commerçant qui travaillait en toute légalité et qu'il était reconnu par cet État.⁶⁸

En ce qui concerne le blanchiment d'argent, le Ministère public s'est concentré sur la commission par omission. Il a fait remarquer qu'Argor avait adopté un règlement interne qui concrétisait son devoir de diligence, tel qu'il était établi par la législation fédérale en matière de blanchiment d'argent et de commerce des métaux précieux. Ce règlement interne exigeait, entre autres, de procéder à des clarifications particulières en cas de doute sur l'origine de l'or et de vérifier, le cas échéant, ces déclarations. Reprenant le même argument pour exclure la complicité de crime de guerre, le Ministère public a estimé qu'Argor avait demandé des déclarations à son client sur l'origine de l'or qui lui avait assuré que l'or provenait d'une entreprise reconnue par un État.⁶⁹ Il a conclu qu'Argor n'avait pas failli à son devoir d'agir.

Cette affaire illustre la situation d'un crime de guerre *directement lié* aux opérations de raffinage d'une entreprise. L'entreprise devrait alors exercer son influence sur l'entité connexe ; chercher à accroître son influence ou, si cela lui est impossible, envisager de mettre un terme à sa relation.⁷⁰ Demander une déclaration d'origine à un client direct dans la chaîne d'approvisionnement suffit-il à exercer son pouvoir d'influence ? Les Principes directeurs précisent uniquement que les mesures appropriées dans ce cas dépendent notamment de la gravité de l'atteinte. En 2011, l'OCDE a toutefois adopté un guide qui clarifie le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit.⁷¹ Au regard de ce guide, il n'est pas sûr que le Ministère public se contentera à l'avenir de déclarations d'un client intéressé à conclure un contrat sur l'origine de l'or pour disculper une entreprise experte dans le commerce de minerais. Dans l'attente d'une législation plus précise en la matière, les autorités judiciaires suisse devraient s'orienter sur ce guide pour juger du comportement d'une entreprise dans ce secteur.

⁶⁵ Pour la pratique émergente relative aux mesures d'organisation raisonnables et nécessaires en vue de prévenir une infraction de corruption transnationale, NICOLAS BUENO, *Swiss Multinational Enterprises and Transnational Corruption : Management Matters*, RSDA 2017, 199 ss.

⁶⁶ MPC, Einstellungsverfügung, SV.13.1374-MUA, 10.3.2015. Cf. également, TRIAL, *Classement de l'affaire Argor : la décision du Ministère public est un encouragement à la politique de l'Autriche*, Communiqué de presse du 2.6.2015.

⁶⁷ MPC, Einstellungsverfügung (n 66), 5.1.4.

⁶⁸ MPC, Einstellungsverfügung (n 66), 5.2.

⁶⁹ MPC, Einstellungsverfügung (n 66), 6.3.

⁷⁰ *Supra*, II.B.

⁷¹ OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, éd. 2016.

IV. Conclusion

Il y a plusieurs manières d'interpréter le cadre international de la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme. Ce cadre donne une première indication sur les mesures appropriées qu'une entreprise devrait prendre pour prévenir ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme lorsqu'elle en est la cause, y contribue ou lorsque l'incidence est directement liée à ses opérations. Il est clair que les Principes directeurs des Nations Unies n'ont pas de portée juridiquement contraignante. En l'absence de standards juridiquement contraignants, les autorités judiciaires peuvent néanmoins s'en inspirer pour évaluer le comportement d'une entreprise établie en Suisse. Toutefois, ce cadre n'est pas suffisamment précis pour être appliqué à un cas d'espèce. L'illustration des Principes directeurs à la lumière de la pratique suisse montre les difficultés de les interpréter et de les appliquer dans une situation donnée.

Dans une économie toujours plus globalisée et compétitive, les entreprises multinationales seront davantage confrontées à la question de violations des droits humains en lien avec leurs activités à l'étranger. L'adoption des Principes directeurs des Nations Unies légitimise d'ailleurs ces affaires, et à raison. La tendance est inéluctable. Après les affaires Nestlé, Argor et FIFA, qui ont été déposées en Suisse après l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies, d'autres se profilent à l'horizon. LafargeHolcim a révélé avoir contribué au financement des groupes armés en Syrie.⁷² Glencore fait face à des critiques répétées de contamination d'eau, entre autres.⁷³ Nestlé a admis l'existence de travail forcé en Thaïlande dans sa chaîne d'approvisionnement de fruits de mer.⁷⁴ La saga judiciaire aux États-Unis contre Nestlé pour l'exploitation présumée du travail d'enfants dans des plantations de cacao n'a toujours pas porté sur le fond.⁷⁵

Dans un pays comme la Suisse, qui abrite de nombreuses entreprises multinationales, il y a de fortes raisons de clarifier les conditions matérielles de responsabilité d'une entreprise pour ses activités qui ont des incidences négatives sur les droits de l'homme à l'étranger. Les conditions existantes de responsabilité d'une société-mère, d'une entreprise sous-traitante ou contractante sont floues en cas d'atteinte à l'étranger. Comme le montre la pratique suisse, les autorités judiciaires sont alors contraintes d'évaluer le comportement d'une entreprise de manière imprécise et aléatoire, comme dans l'affaire Argor, ou de créer des nouveaux modèles de responsabilité, comme dans l'affaire Von Roll, à la faveur ou défaveur des parties. L'initiative populaire pour des entreprises responsables, discutée dans ce cahier, a pour but d'amener la Suisse à se doter d'un cadre juridique basé sur les Principes directeurs des Nations Unies. Il n'y a pas de doute qu'un cadre légal national précisant le standard international de la diligence raisonnable et les conditions de responsabilité d'une entreprise en matière de droits de l'homme va contribuer la sécurité juridique. Il appartiendra alors au législateur de trouver une solution à la fois suffisamment précise et équilibrée pour toutes les parties prenantes.

⁷² EDOUARD PFLIMLIN, LafargeHolcim a financé des groupes armés en Syrie, *Le Monde* du 3.3.2017. Toutefois, pour des actes commis avant la fusion entre Lafarge et Holcim.

⁷³ Cf. p. ex. CONSEIL FÉDÉRAL, Réponse du 8.6.2015 au postulat 15.5250: « Pollution de l'eau au Pérou. Examiner la responsabilité de Glencore en toute impartialité ».

⁷⁴ ANNIE KELLY, Nestlé admits slavery in Thailand while fighting child labour lawsuit in Ivory Coast, *The Guardian* du 1.2.2016.

⁷⁵ DANIEL FISCHER, Judge Tosses Nestlé Suit Over Child Slavery In Africa, *Forbes* du 13.3.2017.

References

- Bueno Nicolas, Corporate Liability for Violations of the Human Right to Just Conditions of Work in Extraterritorial Operations, 21 (5) The International Journal of Human Rights (2017) <https://doi.org/10.1080/13642987.2017.1298092>
- Bueno Nicolas and Scheidt Sophie, Die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechten bei Auslandsaktivitäten, Wien 2015
- Bueno Nicolas, Swiss multinational enterprises and transnational corruption: management matters, Swiss Review of Business and Financial Market Law (2017).
- De Schutter Olivier, Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights, in E. Riedel/G. Giacca/C. Golay (eds.), Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges, Oxford 2014.
- Garbarski Andrew M., La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes, thèse Lausanne, Genève 2006.
- Garbarski Andrew M. /Alain Macaluso, La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif, PJA 2008.
- Geisser Gregor, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für 'Menschenrechtsverletzungen' bei internationalen Sachverhalten, Zurich 2013.
- Kaufmann Christine, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, RSDA (2016).
- Kaufmann Christine et al., Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, Berne 2016.
- Macaluso Alain /Andrew M. Garbarski, TF du 21.07.2014: responsabilité pénale de l'entreprise; nature juridique de la norme; prescription de l'action pénale, forumpoenale 2014, 322 ss
- Martin-Ortega Olga, Human Rights Due Diligence for Corporations: from Voluntary Standards to Hard Law at Last? 32 Netherlands Quarterly of Human Rights (2014).
- Hosang Alain et Ingeborg Schwenzer, Menschenrechtsverletzungen: Schadenersatz vor Schweizer Gerichten, RSDIE 2011.
- Kaufmann Christine et al., Mise en œuvre des droits humains en Suisse: Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie, Berne 2013.
- Membrez François, Étude juridique : Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, 2.2012, http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf (consulté le 15.6.2017).
- Schwander Ivo, Internationale Zuständigkeit und andere Verfahrensfragen: Besprechung des Bundesgerichtsentscheids vom 22. Dezember 2004 (BGE 131 III 153 ff.), SZIER.
- Schwander Ivo, Besprechung neuerer Gerichtsentscheidungen zum internationalen Zivilprozessrecht, in K. Spühler (éd.), Internationales Zivilprozess- und Verfahrensrecht V, Zurich 2005.
- Skinner Gwynne et al. Le troisième pilier: accès à la justice dans le cadre des atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises multinationales, Bruxelles 2013.
- Forstmoser Peter, Schutz der Menschenrechte: eine Pflicht für Multinationale Unternehmen?, in Angela Cavallo et al. (eds.) Liber amicorum für Andreas Donatsch : Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zurich 2012.