

Damiano Canapa / Evelyne Schmid / Elena Cima

« Entreprises responsables » : trois malentendus

Cette contribution propose une clarification de trois malentendus qui reviennent régulièrement dans le débat lié à l'initiative « entreprises responsables ». D'une part, la disposition porterait atteinte à la souveraineté d'Etats étrangers. D'autre part, la diligence raisonnable à laquelle les entreprises suisses seraient tenues impliquerait qu'elles devraient s'engager pour une amélioration de la situation globale des droits humains et de la protection de l'environnement à l'étranger. Enfin, le régime de responsabilité applicable renverserait le fardeau de la preuve en défaveur des entreprises.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Autres droits constitutionnels, Droits politiques, Droit des sociétés, Droits de l'Homme, Droit international

Proposition de citation : Damiano Canapa / Evelyne Schmid / Elena Cima, « Entreprises responsables » : trois malentendus, in : Jusletter 23 novembre 2020

Table des matières

1. Introduction
2. Premier malentendu : une atteinte à la souveraineté d'autres Etats ?
 - 2.1. Introduction
 - 2.2. Absence d'exercice d'une compétence extraterritoriale
 - 2.3. Aucune nouvelle obligation pour d'autres Etats
 - 2.4. Les trois volets du champ d'application territorial : obligation ou autorisation de légiférer de la Suisse
3. Deuxième malentendu : des attentes sans limites ?
 - 3.1. Introduction
 - 3.2. La notion de « diligence raisonnable »
 - 3.3. Obligation « de moyen », non « de résultat »
 - 3.4. Absence d'obligation d'améliorer le respect des droits humains ou la protection de l'environnement
4. Troisième malentendu : un renversement du fardeau de la preuve ?
 - 4.1. Introduction
 - 4.2. « Responsabilité des entreprises »
 - 4.3. Devoir de diligence raisonnable
 - 4.4. Preuve libératoire
5. Conclusion

1. Introduction

[1] Le 29 novembre prochain, le peuple et les cantons se prononceront sur l'initiative « entreprises responsables ». Cette initiative provoque un vif débat dans l'opinion publique. Elle vise, par l'introduction d'un nouvel article 101a P-Cst., à réglementer la responsabilité des entreprises en cas de violation des « droits de l'homme internationalement reconnus et [des] normes environnementales internationales ». Alors que les interventions de partisans et opposants au texte se succèdent dans les quotidiens et dans des revues spécialisées – à l'image de la *Jusletter*¹ – et que les drapeaux orange qui affichent leur soutien au projet décorent nombres de fenêtres et balcons du pays, cette contribution propose une clarification de trois malentendus qui reviennent de façon régulière dans le débat.

[2] En premier lieu, la disposition porterait atteinte à la souveraineté d'Etats étrangers.² Deuxièmement, la diligence raisonnable à laquelle les entreprises suisses seraient tenues en cas d'acceptation du texte impliquerait qu'elles devraient s'engager à améliorer, de façon globale, la sauvegarde des droits humains et la protection de l'environnement à l'étranger.³ Troisièmement, le régime de responsabilité applicable renverserait le fardeau de la preuve;⁴ cela aurait pour conséquence qu'il reviendrait aux entreprises suisses de prouver l'absence de faute en lien avec

¹ PETER FORSTMOSER/MARCEL KÜCHLER, Schweizerische Aktienrechtsreform : Die Schlussrunde ist eingeläutet!, *Jusletter* 10 février 2020; PETRU EMANUEL ZLTESCU, Die Konzernverantwortungsinitiative im internationalen Kontext, *Jusletter* 20 janvier 2020; MELANIE HUBER-LEHMANN/FRAUKE RENZ, Haftpflichtprozesse aufgrund von Menschenrechtsverletzungen im Ausland : Prozessuale Hürden der Konzernverantwortungsinitiative, *Jusletter* 20 août 2018; OLIVIA M. FUHRER, Unternehmensstrafrechtsrevision als Antwort auf die Konzernverantwortungsinitiative?, *Jusletter* 14 mai 2018; MARK PIETH, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, *Jusletter* 19 février 2018.

² Cf. *infra* 2.

³ Cf. *infra* 3.

⁴ Cf. *infra* 4.

un dommage causé par une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales par une entreprise contrôlée par elles.

[3] L'initiative a été lancée en avril 2015⁵ par un comité constitué autour de l'association Initiative pour des multinationales responsables. Cette association regroupait soixante-quatre organisations et comprenait des organisations de développement et de défense des droits humains, des syndicats, des groupes d'Eglises, des associations de protection de l'environnement, de femmes, ou encore des organisations d'investisseurs responsables.⁶ Le lancement de l'initiative avait suivi le rejet, en mars 2015, de la motion (14.3671) « Mise en œuvre du rapport de droit comparé du CF sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement » de la Commission de politique extérieure du Conseil national.⁷ Le 10 août 2016, le comité d'initiative⁸ a déposé 120'418 signatures valables auprès de la Chancellerie fédérale.⁹

2. Premier malentendu : une atteinte à la souveraineté d'autres Etats ?

2.1. Introduction

[4] Selon l'art. 101a al. 2 let. a P-Cst., « les entreprises doivent respecter *également à l'étranger* les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales ». ¹⁰

[5] Selon certains, l'initiative porterait atteinte à la souveraineté d'autres Etats.¹¹ Le Conseil fédéral, dans ses explications envoyées aux citoyens, affirme ainsi que « la Suisse enfreindrait des

⁵ FF 2015 2979.

⁶ <http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/campagne/organisations/>, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020.

⁷ Cette motion demandait, dans le cadre du projet de révision du droit de la SA ou dans un projet distinct, « une obligation de diligence (« due diligence ») selon les 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 [Principes directeurs de l'ONU], élaboré par le Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, dans le Rapport final du 21 mars 2011 (A/HRC/17/31) présenté au Conseil des droits de l'homme (https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020).

Par ailleurs, le contexte général se caractérisait par le fait que le Conseil fédéral avait également renoncé à introduire des mesures contraignantes dans son Rapport du 9 décembre 2016 en exécution du postulat 12.3503 « Une stratégie Ruggie pour la Suisse », du 14 décembre 2012 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 [Plan d'action national]. Ce postulat chargeait le CF de soumettre à l'Assemblée fédérale un rapport en vue d'appliquer en Suisse le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » (« Protect, Respect, Remedy ») élaboré par John Ruggie dans le cadre des Principes directeurs de l'ONU.

⁸ Le comité d'initiative était composé de représentants de ces organisations et de personnalités du monde politique, économique et académique. Appartenaient notamment au comité d'initiative Mme Micheline Calmy-Rey, ancienne présidente de la Confédération, M. Dick Marty, ancien conseiller aux Etats, M. Giusep Nay, ancien président du TF, Mme Manon Schick, ancienne directrice d'Amnesty International Suisse, ou encore M. Cornelio Sommaruga, ancien président du Comité international de la Croix-Rouge.

⁹ FF 2016 7885.

¹⁰ Italique ajouté.

¹¹ Au moins deux docteurs en droit, l'ancien responsable juridique de Novartis et président de SwissHoldings et le CEO de F. Hoffmann-La Roche, sont même allés jusqu'à suggérer que la disposition serait « impérialiste » et imposerait des nouvelles règles à d'autres Etats, cf. NZZ du 8 novembre 2016, Die Initiative ist eine Mogelpackung (entretien avec Felix Ehrat), p. 25; Blick du 6 octobre 2017, Krebs wird heilbar – das ist fantastisch!, (entretien avec Severin Schwan), p. 6 : « Die Initiative zwingt die Unternehmen dazu, gewisse Standards unabhängig von lokalen Gesetzen durchzusetzen. Umgekehrt würde sich die Schweiz so etwas völlig zu Recht nie bieten lassen. Stellen Sie sich vor, (...) Saudi-Arabien würde fordern, Schweizer Lieferanten müssten die Scharia einhalten ».

principes juridiques internationalement reconnus si elle soumettait explicitement [des cas concernant des entreprises étrangères qui sont accusées d'avoir causé des dommages à l'étranger] à sa propre juridiction ». ¹²

[6] Si le champ d'application territorial de la disposition proposée menait à une ingérence de la Suisse dans les affaires d'autres Etats, cette dernière contreviendrait à la souveraineté d'autres Etats et ainsi au droit international public. La Charte des Nations Unies (CNU) ¹³ et la coutume interdisent en effet aux Etats « d'intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat » (art. 2 al. 7 CNU). Le message du Conseil fédéral contient certes un Chapitre 4.4.3 intitulé « Atteinte à la souveraineté d'autres Etats », mais son texte n'analyse pas les normes de droit international public en la matière : ¹⁴ le Conseil fédéral se limite à évoquer la crainte d'effets « d'une atteinte indirecte à la souveraineté » basés sur la perception potentielle d'autres gouvernements, mais il n'analyse pas le droit international en matière de non-ingérence. A un autre endroit, le message affirme de façon lapidaire que la disposition proposée « est en principe conforme aux obligations internationales de la Suisse » ¹⁵, mais sans examiner davantage le principe de non-ingérence ni d'autres obligations ou limites du champ d'application territorial.

[7] Dès lors, la question de la compatibilité du champ d'application territorial de la disposition constitutionnelle proposée avec le droit international public se pose en termes concrets. Comme nous le constaterons ci-après, l'art. 101a P-Cst. ne contrevient pas à la souveraineté des Etats : il ne viole pas l'interdiction d'ingérence dans les affaires internes d'autres Etats et il est compatible avec le droit international public. Au contraire, il ressort du droit international que la Suisse a même une certaine obligation d'adopter des règles de la nature de l'art. 101a P-Cst. dans son ordre juridique interne. ¹⁶

2.2. Absence d'exercice d'une compétence extraterritoriale

[8] Premièrement, l'initiative concerne des acteurs rattachés à la Suisse selon des critères de rattachement reconnus en droit international privé. ¹⁷ L'art. 101a P-Cst. al. 2 dispose que sont uniquement visées les « entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse ». Cela signifie que le droit suisse s'appliquerait uniquement aux abus commis par des entreprises suisses tandis que les entreprises étrangères (ou les Etats)

¹² Conseil fédéral, Brochure d'explications pour la votation du 29 novembre 2019, p. 17. La Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter a par ailleurs rappelé lors de la conférence de presse du 6 octobre 2020 que le Conseil fédéral aurait parlé d'une violation de la souveraineté d'autres Etats quand il a adopté le message relatif à l'initiative, Conseil fédéral, Conférence de presse du 6 octobre 2020 (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/reden---interviews/reden/2020/2020-10-06.html>), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020). Voir aussi l'entretien de la Conseillère fédérale Karin Keller-Sutter avec kath.ch du 14 octobre 2020 (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/reden---interviews/interviews/2020/2020-10-14.html>), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020.

¹³ Charte des Nations Unies du 26 juin 1945 [CNU], RS 0.120.

¹⁴ Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2017 relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » [Message entreprise responsable], FF 2017 5999, p. 6030.

¹⁵ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6041.

¹⁶ Cf. *infra* 2.4.

¹⁷ Cf. art. 2 ch. 1 *cum* 60 ch. 1 de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 30 octobre 2007 [Convention de Lugano, CL], RS 0.275.12; LIESBETH ENNEKING, Paying the Price for Socially Irresponsible Business Practices? – Corporate Liability for Violations of Human Rights and the Environment Abroad, PJA 8/2017, p. 988 ss, p. 995.

ne sont pas directement visées par la disposition proposée. Lorsque les entreprises suisses auraient des échanges à l'étranger avec des entreprises étrangères, ces dernières continueraient à être évaluées selon les normes locales.

[9] Selon l'art. 101a al. 2 let. b P-Cst., les entreprises suisses doivent cependant faire preuve d'une « diligence raisonnable ».¹⁸ Cette obligation vise aussi, indirectement, à influencer le comportement des acteurs étrangers, même si le destinataire de la norme est uniquement l'entreprise suisse. En résumé, l'art. 101a P-Cst. est une *réglementation interne* qui comporte d'importants *effets extraterritoriaux* qui se déploient dans des situations où la Suisse ne dispose pas de juridiction. En 2016, le Conseil fédéral a donc correctement qualifié la disposition et les règles qui en découleront comme des mesures internes avec effets extraterritoriaux.¹⁹

[10] S'il est de la sorte exact que la disposition aurait des effets extraterritoriaux prescriptifs et adjudicatifs, de tels effets sont autorisés étant donné le lien de rattachement qui existe entre la Suisse et les entreprises suisses actives à l'étranger. Depuis l'affaire *Lotus SS* jugée par la Cour permanente de justice internationale en 1927, il est reconnu que les Etats – dans certaines conditions – peuvent adopter des législations qui s'étendent à des faits qui se déroulent à l'étranger.²⁰ Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a par ailleurs souligné « que, bien que ces obligations de diligence aient bel et bien des effets sur les situations survenant en dehors des territoires nationaux des États parties, puisqu'elles imposent de prévenir ou de faire cesser les violations potentielles des droits [humains] dans les chaînes de valeur mondiales ou dans les entreprises multinationales, elles ne supposent pas pour autant que les États en question exercent leur compétence extraterritoriale ».²¹

2.3. Aucune nouvelle obligation pour d'autres Etats

[11] Deuxièmement, la Suisse ne porte pas atteinte à la souveraineté d'autres Etats parce que le champ d'application matériel de l'initiative se limite aux « droits de l'homme internationalement reconnus et [aux] normes environnementales internationales ». En cas d'adoption de la disposition constitutionnelle, il appartiendrait à l'Assemblée fédérale de préciser la nature de ces normes

¹⁸ Sur cette notion, cf. *infra* 3.2.

¹⁹ Conseil fédéral, Plan d'action national (nbp. 7), p. 14, qui parle de « mesures internes ayant une incidence sur les Etats partenaires et sur les activités internationales des entreprises ». Voir également CHRISTINE KAUFMANN *et al.*, *Extraterritorialität im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte*, Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Berne 2016, N 231.

²⁰ Cour permanente de justice internationale, Affaire du « Lotus » du 7 septembre 1927, série A. no. 10, p. 19 : dans cette affaire, la Cour permanente de justice internationale, à l'époque présidée par Max Huber, conclut que l'étendue extraterritoriale des législations internes est permise si l'effet de cette législation est *prescriptif et adjudicatif* (mais pas *exécutif*), s'il y a un lien suffisant entre l'Etat et les faits à l'étranger et s'il n'y a aucune interdiction en droit international public. Pour un résumé de l'arrêt et ses limites dans le contexte du débat actuel, cf. OLIVIER DE SCHUTTER, *Extraterritorial Jurisdiction as a Tool for Improving Human Rights Accountability of Transnational Corporations*, 2006, p. 25 ss. (<https://media.business-humanrights.org/media/documents/df31ea6e492084e26ac4c08affcf51389695fead.pdf>, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020).

²¹ Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, Observation générale du 10 août 2017 sur les obligations des Etats en vertu du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels dans le contexte des activités des entreprises (E/C.12/GC/24), § 33. Pour une analyse approfondie des termes et types d'extraterritorialité et une analyse de cette conclusion du Comité onusien, cf. CLARISSA VALLI BÜTTOW, *Human Rights Due Diligence and the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction – The view of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights in paragraph 33 of the General Comment n. 24*, Lausanne 2018.

dans une loi de mise en œuvre. Pour ce faire, les travaux parlementaires relatifs à la rédaction du contre-projet indirect serviront vraisemblablement de base de travail.²²

[12] Il est important de souligner que, contrairement par exemple à l'application extraterritoriale d'une loi américaine aux banques suisses,²³ les principes visés par l'art. 101a P-Cst. sont des normes reconnues par les Etats au niveau international. Il est donc permis à la Suisse d'exiger le respect de ces normes par « ses » entreprises quand celles-ci sont actives à l'étranger.²⁴ Si la disposition proposée impose un devoir aux entreprises suisses, elle ne crée aucune nouvelle obligation pour un autre Etat.

2.4. Les trois volets du champ d'application territorial : obligation ou autorisation de légiférer de la Suisse

[13] Il est même possible d'aller un cran plus loin et d'analyser dans quelle mesure la Suisse est obligée de veiller à ce que les entreprises suisses ne portent pas atteinte aux droits humains ou à l'environnement à l'étranger. Selon notre analyse, le champ d'application territorial de la disposition proposée comporte trois volets : premièrement, le volet territorial à l'interne de la Suisse ; deuxièmement, le champ d'application à l'interne de la juridiction extraterritoriale suisse ; et, troisièmement, les effets de la disposition proposée à l'étranger, en dehors de la juridiction suisse. Il est important de distinguer ces trois volets pour clarifier dans quelle mesure la Suisse est obligée, encouragée ou à tout le moins autorisée par le droit international public d'étendre des obligations aux entreprises actives à l'étranger.

[14] Dans les deux premiers volets du champ d'application territorial, la Suisse est non seulement autorisée à édicter une réglementation en vue de prévenir les abus des droits humains et la violation de normes environnementales commis par des entreprises sur son propre territoire ou à l'intérieur de sa juridiction, mais elle y est même obligée en vertu des obligations internationales en matière de droits humains et de droit international environnemental.²⁵ Le premier pilier des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme [Principes directeurs de l'ONU]²⁶ traite de l'obligation de l'Etat de protéger les droits humains contre des abus par des acteurs non-étatiques, c'est-à-dire de l'obligation préexistante de prévenir, d'empêcher, d'enquêter et de sanctionner les abus des droits humains par des tiers (Principes 1 à 10). Le premier principe résume cette obligation de protection de la façon suivante : « [I]es États ont l'obligation de protéger lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'homme sur leur territoire et/ou sous leur juridiction. Cela exige l'adoption de mesures appropriées pour

²² Par exemple Commission d'affaires juridiques du CE, 19 février 2019 (CAJ-E 2/2019), 16.077n : S2-2 F.pdf – Dépliant Projet 2 Session de printemps 2019 (troisième colonne).

²³ Congress of the United States of America, Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), Public Law 111-147, 124 STAT. 97, 18 mars 2010.

²⁴ CLAIRE METHVEN O'BRIEN, The Home State Duty to Regulate the Human Rights Impacts of TNCs Abroad : A Rebuttal, *Business and Human Rights Journal* 3/2018, p. 47 ss, p. 52. Voir également Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principe 2 et commentaire.

²⁵ L'art. 35 al. 3 Cst. contribue également à l'obligation, cf. EVELYNE SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives : La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et des droits humains » ?, *PJA* 8/2017, p. 930 ss.

²⁶ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7).

empêcher ces atteintes, et lorsqu'elles se produisent, enquêter à leur sujet, en punir les auteurs, et les réparer par le biais de politiques, de lois, de règles et de procédures judiciaires ».²⁷

[15] Le troisième volet du champ d'application de l'art. 101a P-Cst. se rapporte aux effets déployés en dehors de la juridiction suisse en matière de droits humains. A quelques exceptions près²⁸, la juridiction (territoriale ou extraterritoriale) est une condition *sine qua non* de l'existence d'obligations en matière de droits humains : il n'y a pas d'obligations en matière de droits humains sans l'établissement préalable d'une juridiction.²⁹ Le corolaire est que des individus affectés ne peuvent invoquer une violation des droits humains vis-à-vis de la Suisse que si cette dernière exerce la juridiction sur les faits pertinents.³⁰ En conséquence, on ne peut pas affirmer que la Suisse est dans l'obligation d'adopter une législation avec un champ d'application territorial qui comprendrait ce troisième volet. Cependant, comme discuté auparavant, les Etats ont le droit d'adopter une telle législation. S'ajoute à cela que les Etats se sont eux-mêmes incités et encouragés à intégrer les Principes directeurs de l'ONU dans leurs législations nationales.³¹

[16] L'initiative concrétise donc l'engagement des Etats qui ont accueilli « avec satisfaction » les Principes directeurs au sein du Conseil des droits de l'homme de l'ONU.³² En cas d'adoption

²⁷ Italique ajouté.

²⁸ Ces exceptions concernent notamment l'obligation de coopérer et d'assister la communauté internationale (art. 55 CNU ; art. 2 ch. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, RS 0.103.1 [Pacte ONU I]) et celle de ne pas reconnaître des violations graves et les règles sur la complicité aux violations des droits humains, cf. Commission du droit international, Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite, texte adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, repris de l'annexe à la résolution 56/83 de l'Assemblée générale en date du 12 décembre 2001, art. 16, 40 et 41 (https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020).

²⁹ ELIF ASKIN, Economic and Social Rights Extraterritorial Application, MPEPIL 2019, § 8 et 17 ss (<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-epil/9780199231690/law-9780199231690-e2213?print=pdf>), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020). ROBERT McCORQUODALE/PENELOPE SIMONS, Responsibility Beyond Borders : State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *The Modern Law Review* 70/4/2007, p. 598 ss, p. 605.

³⁰ Certains ont proposé une conception de la juridiction extraterritoriale en matière des droits humains qui dépend d'un contrôle sur les activités qui peuvent causer des effets négatifs (« *effects jurisdiction* »), cf. par exemple, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights, 28 septembre 2011, Principe 9b (https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-uk_web.pdf), consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020). Dans ces propositions, résumées ici de façon simplifiée, l'Etat qui contrôle les activités des acteurs non-étatiques qui ont ensuite des effets nuisibles à l'étranger peut se voir confronté à des obligations en matière de droits humains. Selon la formulation exacte de ces propositions, cette conception n'exige plus nécessairement le contrôle effectif, même indirect, de l'Etat sur les titulaires du droit, mais « uniquement » une capacité de l'Etat de causer des dommages, par exemple à défaut d'avoir exigé suffisamment de diligence des entreprises de cet Etat actives à l'étranger. Cette dernière hypothèse est douteuse.

³¹ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principes 25 et 26. C'est d'ailleurs aussi clairement la direction que prennent les négociations d'un traité contraignant sur les entreprises et les droits de l'homme. Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme, Second revised draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises, 6 août 2020, art. 6 à 9. Cf. aussi KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, Social Power, Social Responsibilities, and Corporations : from CSR to Business and Human Rights, RDS 139/2020 II, p. 5 ss, p. 54 s. Pour une analyse des prises de positions des experts mandatés par les Etats, cf. NADIA BERNAZ, State Obligations with Regard to the Extraterritorial Activities of Companies Domiciled on Their Territories, in : CLARA M. BUCKLEY/ALICE DONALD/PHILIP LEACH (édits), *Towards Convergence in International Human Rights Law – Approaches of Regional and International Systems*, Leiden/Boston 2017, p. 435 ss. Voir également Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principe I ; Conseil de l'Europe, Recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres sur les droits de l'homme et les entreprises adoptée le 2 mars 2016 (CM/Rec(2016)3), § 20 et 36. Le Comité des Ministres recommande aux Etats membres de promulguer des règles obligatoires de diligence raisonnable des droits de l'homme pour les entreprises, au moins dans les domaines où il existe des risques significatifs.

³² Conseil des droits de l'homme, Résolution du 15 juin 2011 sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises (A/HRC/17/L.17/Rev.1), adoptée sans vote.

de l'art. 101a P-Cst., la Suisse contribuerait à empêcher l'exercice d'activités économiques qui mènent à des abus des droits humains ou à des dommages environnementaux à l'étranger.³³ Le champ d'application territorial de la disposition constitutionnelle proposée fournit en effet aux victimes un moyen de contrer au moins certains abus dans un système économique mondial dans lequel elles n'ont souvent pas voix au chapitre. Le reproche que la disposition proposée serait contraire à la souveraineté des autres Etats ou qu'elle représenterait un impérialisme juridique est donc infondé.

3. Deuxième malentendu : des attentes sans limites ?

3.1. Introduction

[17] L'art. 101a P-Cst. prévoit que les entreprises suisses sont tenues de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales. Cette obligation se traduit par un devoir de « diligence raisonnable » dans la conduite de chaque activité d'entreprise, en Suisse comme à l'étranger. Les entreprises sont notamment tenues, également à l'étranger, d'« examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles [de leurs activités] sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, [de] prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, [de] mettre fin aux violations existantes et [de] rendre compte des mesures prises » (art. 101a al. 2 let. b P-Cst.).

3.2. La notion de « diligence raisonnable »

[18] L'obligation de diligence raisonnable s'appuie sur les Principes directeurs de l'ONU³⁴ et sur les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales [Principes directeurs de l'OCDE].³⁵ Ces deux ensembles de principes donnent une première indication de ce qui est attendu d'une entreprise en matière de droits humains et de protection de l'environnement. Ils servent de plus de guide pour interpréter la notion de « diligence raisonnable » présente dans le texte de l'initiative.³⁶ La notion de « diligence raisonnable » prévue par ces deux sources et incorporée à l'art. 101a al. 2 let. b P-Cst. fusionne deux concepts distincts provenant de domaines différents : le concept de diligence raisonnable appliqué en droit des sociétés, d'une part, et le même concept appliqué en droit international, d'autre part. Dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, la notion de diligence raisonnable a traditionnellement été utilisée comme norme

³³ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principe 2 et commentaire.

³⁴ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principes 17–22 et commentaires.

³⁵ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, éd. OCDE 2011 (<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020), Principes généraux (II.a/10–14); Droits de l'homme (IV.5); Environnement (VI.1/3–5) et commentaires.

³⁶ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6022. Voir également NICOLAS BUENO, *The Swiss Popular Initiative on Responsible Business : From Responsibility to Liability*, in : LIESBETH ENNEKING *et al.* (édits), *Accountability, International Business Operations and the Law Providing Justice for Corporate Human Rights Violations in Global Value Chains*, Abingdon-on-Thames 2019, p. 239 ss, p. 247 ; NICOLAS BUENO, *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme – Etat de la pratique suisse*, PJA 8/2017, p. 1015 ss, p. 1016.

pour déterminer le risque d'entreprise.³⁷ En droit international, en revanche, cette notion se réfère à une norme pour déterminer la violation d'une obligation internationale d'un Etat, qui donnerait lieu à un fait internationalement illicite engageant une responsabilité internationale.³⁸ D'un instrument de sauvegarde des intérêts des entreprises, le concept de diligence raisonnable devient donc une norme utilisée pour mesurer la conformité des entreprises aux attentes sociales en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement.³⁹

[19] La notion de diligence raisonnable incorporée à l'art. 101a al. 2 let. b P-Cst. est basée sur l'idée du « do no harm » comme critère minimum auquel sont soumises les activités des entreprises qui peuvent avoir des incidences négatives sur les droits humains ou l'environnement.⁴⁰ Ce critère (1) définit le processus qui permet aux entreprises d'identifier les répercussions effectives et potentielles de leurs activités sur les droits humains et l'environnement, (2) il leur permet de prendre des mesures appropriées pour prévenir toute violation des droits humains et des normes environnementales internationales, et (3) il oblige les entreprises à rendre compte de la manière dont elles remédient à d'éventuelles violations.⁴¹ En d'autres termes, l'initiative vise à obliger les entreprises suisses à considérer les risques que leurs activités peuvent engendrer : ces dernières doivent prévenir ces risques, les limiter et, si nécessaire, y remédier.

3.3. Obligation « de moyen », non « de résultat »

[20] S'il est exact qu'une entreprise suisse ne pourra pas invoquer qu'elle ignorait devoir suivre les standards internationaux précédemment décrits, elle sera en revanche uniquement tenue par une obligation de diligence, qui constitue une obligation « de moyen », et non par une obligation « de résultat ».⁴² Cela implique que l'entreprise n'encourra aucune responsabilité en Suisse si, en conformité avec son obligation de moyen, elle démontre qu'elle a « fait preuve » d'une diligence raisonnable, telle qu'elle a été décrite plus haut.⁴³ En d'autres termes, même si les conditions de la responsabilité sont réalisées, une entreprise suisse aura toujours la possibilité de se libérer en prouvant qu'elle a exercé son activité de manière diligente.⁴⁴ Comme norme prévoyant une obligation « de moyen » (ou « de comportement », comme l'explique le Haut-Commissaire des

³⁷ La notion de « diligence raisonnable » découle du droit américain des valeurs mobilières et s'est depuis étendue à d'autres domaines du droit commercial, cf. FRANZ KNECHT/VERA CALENBUHR, Using Capital Transaction Due Diligence to Demonstrate CSR Assessment, *Corporate Governance : The international journal of business in society*, 7/4/2007, p. 423 ss.

³⁸ Dans ce contexte, le concept de diligence raisonnable a été utilisé pour la première fois dans Inter-American Court of Human Rights, affaire *Velásquez Rodríguez/Honduras* du 29 juillet 1988, Série C, n°4. Voir également Commission du droit international (nbp. 28), art. 2 et commentaire para. 3.

³⁹ MARCO FASCIGLIONE, The Enforcement of Corporate Human Rights Due Diligence : From the UN Guiding Principles on Business and Human Rights to the Legal Systems of EU Countries, *Human Rights & International Legal Discourse* 10/2016, p. 94 ss ; OLGA MARTIN-ORTEGA, Human Rights Due Diligence for Corporations : From Voluntary Standards to Hard Law at Last?, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 31/4/2013, p. 44 ss, p. 45 ; TINEKE LAMBOOY, Corporate Due Diligence as a Tool to Respect Human Rights, *Netherlands Quarterly of Human Rights* 28/3/2010, p. 404 ss, p. 433.

⁴⁰ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principes 11-24.

⁴¹ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6022 s.

⁴² RÜDIGER WOLFRUM, Obligation of Result Versus Obligation of Conduct : Some Thoughts About the Implementation of International Obligations, in : Mahnouch H Arsanjani *et al.* (édits), *Looking to the Future – Essays in International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden, 2010, p. 363 ss.

⁴³ Cf. *supra* 3.2

⁴⁴ Principes directeurs de l'ONU (nbp. 7), Principe 15 et commentaire ; cf. *infra* 4.3 et 4.4

Nations Unies aux droits de l'homme), c'est uniquement en cas de « négligence », dans le sens d'un non-respect des obligations liées à la notion de diligence raisonnable, que les entreprises suisses pourront être tenues responsables des dommages entraînés par une violation des droits humains internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales⁴⁵.

3.4. Absence d'obligation d'améliorer le respect des droits humains ou la protection de l'environnement

[21] Contrairement aux affirmations de certains, les entreprises suisses opérant à l'étranger ne devront pas, en plus, participer de manière active à l'amélioration des droits humains ou à la protection de l'environnement sans lien avec leurs activités. A cet égard, il est important de ne pas confondre les obligations des Etats avec celles imposées aux entreprises suisses dans le cadre de l'art. 101a P-Cst.

[22] Dans le contexte de la protection des droits humains, les Etats ont traditionnellement le devoir de respecter, de protéger, et de promouvoir ces droits.⁴⁶ L'obligation de promouvoir oblige notamment les Etats à prendre des mesures positives en facilitant, en promouvant et en accordant les droits humains sur leur territoire. Il s'ensuit que c'est l'Etat hôte qui doit s'engager pour un meilleur respect des droits humains sur son territoire. De la même manière, chaque Etat est responsable de la protection de l'environnement sur son territoire. Cet engagement en faveur de la protection de l'environnement se dégage clairement d'une grande variété de traités internationaux dans lesquels les Etats s'engagent à promouvoir le développement durable et la protection de l'environnement sur leur territoire ainsi qu'à l'échelle mondiale.⁴⁷ Tout comme c'est le cas pour la protection des droits humains, il incombe à chaque Etat de veiller à ce que l'environnement soit protégé et le développement durable promu et facilité.

[23] En revanche, il n'est attendu des entreprises suisses à l'étranger, conformément à l'obligation de diligence raisonnable de l'art. 101a al. 2 let. b P-Cst., qu'une obligation d'abstention. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a résumé ainsi la réserve de respect et d'adéquation en 2018 : « [1]a concrétisation du devoir de diligence à la lumière des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme équivaut à une obligation de respecter ces dispositions : les sociétés doivent se distancier de toute activité ou comportement qui violerait les

⁴⁵ Sur cette responsabilité cf. *infra* 4.

⁴⁶ Comité des droits économiques, sociaux et culturels, General Comment No. 3 : The Nature of States Parties Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant), adoptée le 14 décembre 1990, E/1991/23 <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020). Voir également PHILIP ALSTON, *Out of the Abyss : The Challenges Confronting the New UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Quarterly 9/3/1987, p. 332 ss.

⁴⁷ On peut trouver ce genre d'engagement dans les traités internationaux sur l'environnement, y compris notamment la Convention du 2 février 1971 relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats des oiseaux d'eau (RS 0.451.45), la Convention du 23 novembre 1972 pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (RS 0.451.41), la Convention du 3 mars 1973 sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (RS 0.453), la Convention de Vienne du 22 mars 1985 pour la protection de la couche d'ozone (RS 0.814.02), la Convention du 5 juin 1992 sur la diversité biologique (RS 0.451.43), la Convention-cadre des Nations Unies du 19 mai 1992 sur les changements climatiques (RS 0.814.01) et la Convention de Stockholm du 22 mai 2001 sur les polluants organiques persistants (RS 0.814.03). Aux traités environnementaux, il faut ensuite ajouter les traités qui n'ont pas été adoptés pour traiter des problèmes environnementaux, mais qui contiennent néanmoins l'engagement des Etats à la promotion du développement durable et à la protection de l'environnement sur leur territoire, comme par exemple de nombreux accords commerciaux bilatéraux et régionaux.

biens juridiques protégés par les droits humains en question, par exemple l'intégrité corporelle. Il s'agit en d'autres termes d'une obligation de s'abstenir : les sociétés doivent s'abstenir de tout comportement dommageable du point de vue des droits de l'homme et de l'environnement ». ⁴⁸ Il en résulte, comme mentionné précédemment, qu'une entreprise suisse n'est soumise à aucune obligation d'améliorer le respect des droits humains ou la protection de l'environnement dans l'Etat hôte, ni de s'engager dans des activités philanthropiques ni même de s'engager pour l'amélioration de la situation globale des droits humains ou de l'environnement à l'étranger, en dehors de ce qui est lié à ses domaines d'activité. L'obligation générale de garantir les droits humains et la protection de l'environnement incombe effectivement aux Etats, non aux entreprises.

4. Troisième malentendu : un renversement du fardeau de la preuve ?

4.1. Introduction

[24] L'art. 101a P-Cst. prévoit qu'une entreprise suisse ⁴⁹ qui ne respecterait pas certaines normes de responsabilité sociétale des entreprises (*corporate social responsibility*) ⁵⁰ verrait sa responsabilité engagée. Cette responsabilité peut être engagée en cas de dommage causé par une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales (1) par l'entreprise suisse ou (2) par une entreprise contrôlée par une entreprise suisse. La première partie de l'art. 101a al. 2 let. c P-Cst. dispose en effet que « les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité ». ⁵¹

⁴⁸ Commission des affaires juridiques du CN, Rapport complémentaire 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, Droit de la société anonyme (16.077), p. 4. Voir également GREGOR GEISSER, Eidgenössische Volksinitiative « Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt » : Modellgesetz gestützt auf den Entwurf des Nationalrates – Gesetzestext, Erläuterung und Einordnung, du 7 octobre 2020, art. 716a bis al. 6 CO, basé sur le libellé de l'art. 35 al. 3 Cst., p. 39.

⁴⁹ Suivant l'art. 101a al. 2 P-Cst., une entreprise est « suisse » lorsque son siège statutaire, son administration centrale ou son établissement principal se trouve en Suisse.

⁵⁰ RASHID BAHAR, Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme, RDS 139/2020 II, p. 269 ss, p. 340 ss.

⁵¹ Italice ajouté. En comparaison, le contre-projet indirect ne prévoit pas de responsabilité des entreprises ou des entreprises contrôlées par elles devant les tribunaux suisses en cas de dommage provoqué à l'étranger, mais uniquement une amende de CHF 100'000.- au plus pour « [i]nobservation des prescriptions relatives à l'établissement de rapports » (Art. 325^{ter} P-CP). En application du principe *comply or explain*, les entreprises suisses devraient uniquement rendre des comptes dans un « rapport sur les questions non financières » de leur respect des droits de l'homme et des questions environnementales. En lien avec leur « [o]bligation de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants » (Chapitre avant l'art. 946^{quinquies} P-CO), les entreprises devraient uniquement mettre en place un système de gestion et elles auraient une obligation de faire un rapport qui ne s'étendrait pas aux entreprises par elles contrôlées, cf. Art. 964^{sexies} et 964^{septies} P-CO. Sur les limites du principe *comply or explain* et de la gouvernance privée en général, cf. JULIE PERRIARD, Entreprises et droits humains – La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse ?, RSDA 2019, p. 667 ss ; ELLEN HERTZ/YVAN SCHULZ, Entreprises et droits humains : Les limites de la bonne volonté, Genève/Zurich 2020, p. 35 ss.

[25] En application de l'art. 101a let. d P-Cst., une victime à l'étranger disposerait, dans de tels cas, d'un for en Suisse ; suivant son énoncé, le champ d'application territorial de la disposition constitutionnelle n'est pas affecté par le droit international privé.⁵²

4.2. « Responsabilité des entreprises »

[26] La responsabilité prévue par l'art. 101a P-Cst. est une responsabilité de nature délictuelle.⁵³ Une telle responsabilité, en participant à la prévention de la survenance de dommages⁵⁴, constitue un outil essentiel pour éviter des violations des droits humains ou des dommages environnementaux par des entreprises.⁵⁵

[27] En cas de dommage causé personnellement par une entreprise suisse (responsabilité pour le fait propre), le principe selon lequel la victime doit apporter la preuve de son dommage et des autres conditions de la responsabilité demeurerait inchangé, en application de l'art. 41 CO.⁵⁶ Une victime devrait prouver : (1) un dommage ; (2) un acte illicite, qui peut consister en une atteinte à un droit absolu ou en une violation d'une norme de comportement ; (3) un lien de causalité entre le dommage et la violation et (4) une faute de l'entreprise, à savoir un manquement au devoir de diligence raisonnable en lien avec une violation d'un droit humain internationalement reconnu et/ou d'une norme environnementale internationale.⁵⁷

[28] Au vu de leur caractère internationalement reconnu, une entreprise suisse ne saurait invoquer qu'elle ignorait devoir respecter les droits humains ou les normes environnementales ou qu'elle ne connaissant pas les risques de ses activités sur ces biens juridiques fondamentaux.⁵⁸

[29] La disposition constitutionnelle requiert par ailleurs que le législateur prévoie une norme spéciale de responsabilité : une entreprise suisse répondrait du dommage causé par une entreprise contrôlée par elle suite à une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales.⁵⁹ Cette norme constituerait une *lex specialis* par rapport à la responsabilité résultant d'un acte illicite – au sens de l'art. 41 CO – qui s'appliquerait

⁵² PETER BÖCKLI/CHRISTOPHE B. BÜHLER, Zur « Konzernverantwortungsinitiative » – Rechtliche Überlegungen zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative « Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt », Zurich 2018, p. 62 ss.

⁵³ GREGOR GEISSER, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für « Menschenrechtsverletzungen » bei internationalen Sachverhalten – Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht, Zurich/Bâle/Genève, 2013, N 138 ss.

⁵⁴ HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5e éd., Zurich/Bâle/Genève, 2018, N 14 s. ; GREGOR GEISSER (nbp. 53), N 558 ; CEES VAN DAM, Tort Law and Human Rights : Brothers in Arms – On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights, JETL 3/2011, p. 221 ss, p. 245.

⁵⁵ Conseil fédéral, Rapport du 9 décembre 2016 (nbp. 19), p. 8 et 37 s. ; ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH, Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries, 1er juillet 2015, p. 678 (https://www.legalanthology.ch/t/weber-baisch_liability-of-parent-companies_2015.pdf, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020) ; GEORGE P. FLETCHER, Tort Liability for Human Rights Abuses, Oxford/Portland Oregon, 2008. Voir également : Conseil de l'Europe (nbp. 31), § 32 ss.

⁵⁶ Sur les conditions d'application de cette norme, cf. par exemple FRANZ WERRO, in : Code des obligations I, art. 1 à 529, Commentaire romand, 2^e éd., Bâle 2012 (cité CR CO I-AUTEUR), art. 41 N 6 ss.

⁵⁷ Voir cependant RASHID BAHAR (nbp. 50), p. 341, qui semble considérer que l'on se trouve en présence d'une responsabilité causale également lorsque l'entreprise suisse est personnellement à l'origine du dommage.

⁵⁸ Cf. *supra* 2.3.

⁵⁹ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6023 ; FRANZ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, Sui-generis 2018, p. 428 ss, N 14 ; LUKAS HANDSCHIN, Der Konzern im geltenden schweizerischen Privatrecht, Thèse, Zurich 1994, p. 347.

en cas de violation par une entreprise suisse des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales.

[30] Un rapport de contrôle peut en premier lieu procéder d'un lien juridique qui donne naissance à un groupe de sociétés ; cet élément, qui se détermine en fonction des circonstances effectives du cas d'espèce⁶⁰, peut dériver d'une participation dans l'entreprise contrôlée qui permet l'exercice du contrôle ou d'un contrat.⁶¹ D'autre part, un rapport de contrôle au sens de l'art. 101a P-Cst. peut découler d'une situation dans laquelle un contrôle de fait existe « par le biais d'un pouvoir économique », indépendamment de la structure juridique⁶² ; pour déterminer ceci, il s'agit d'analyser s'il existe un rapport effectif de dépendance économique entre l'entreprise qui contrôle et l'entreprise contrôlée.⁶³ Les dommages causés par les entreprises avec lesquelles les sociétés suisses entretiennent de simples relations commerciales ne sauraient toutefois fonder la responsabilité de ces dernières.⁶⁴

[31] Afin d'engager la responsabilité d'une entreprise suisse pour les actes d'une entreprise contrôlée par elle, une victime devrait, en premier lieu, prouver la réalisation des trois premières conditions de responsabilité précédemment énoncées. Elle devrait, de plus, prouver que (1) l'entreprise à l'origine du dommage était contrôlée par l'entreprise suisse et que (2) le non-respect du droit de l'homme internationalement reconnu ou de la norme environnementale internationale ayant causé le dommage serait intervenu dans le cadre de l'accomplissement de l'activité de l'entreprise contrôlée pour celle qui la contrôle ; cette dernière condition exclut les activités qui seraient exercées pour des tiers.⁶⁵

[32] Il est ainsi essentiel que l'étendue de la responsabilité d'une entreprise suisse « ne [vaut] que pour les entreprises que des sociétés suisses *contrôlent* et non pour celles avec lesquelles elles n'entretiennent que de simples relations commerciales (par exemple leurs sous-traitants) ». ⁶⁶ Dans le second cas, l'élément du contrôle fait défaut.

[33] L'entreprise mise en cause en raison du dommage causé par une entreprise contrôlée par elle aurait toujours la possibilité, pour se libérer de sa responsabilité, de démontrer qu'elle a fait preuve d'une diligence raisonnable ou que sa diligence n'aurait pas empêché le dommage de se produire.⁶⁷ Ce point est examiné dans la section suivante.

⁶⁰ Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2007 concernant la révision du Code des obligations (Droit de la société anonyme et droit comptable ; adaptation des droits de la société en nom collectif, de la société en commandite, de la société à responsabilité limitée, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce), FF 2008 1047, p. 1543 ; PETER V. KUNZ, Grundlagen zum Konzernrecht der Schweiz, Berne 2016, N 11 s. ; PETER BÖCKLI, OR-Rechnungslegung, 2^e éd., Zurich 2019, N 1199 ss, not. N 1204.

⁶¹ PETER V. KUNZ, (nbp. 60), N 40, 75 ss, 84 ss.

⁶² Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6022 ; GREGOR GEISSER, Konzernverantwortungsinitiative – Darstellung, rechtliche Würdigung und mögliche Umsetzung, PJA 8/2017, p. 943 ss, p. 955 s.

⁶³ ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, 2e éd, Bâle 2005, p. 78 ss ; PETER V. KUNZ, (nbp. 60), N 17 ss. Voir aussi, en droit comparé, CEES VAN DAM (nbp. 54), p. 247 ss.

⁶⁴ RASHID BAHAR (nbp. 50), p. 341. En l'absence de contrôle, la responsabilité aquilienne d'une entreprise pour les actes d'une autre entreprise ne saurait donc être engagée que si la première agit en qualité d'instigatrice ou de complice, cf. Association initiative multinationales responsables, Rapport explicatif de l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », p. 37.

⁶⁵ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6023. Voir aussi LUKAS HANDSCHIN (nbp. 59), p. 350 s.

⁶⁶ Italique ajouté. Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6028.

⁶⁷ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6023.

4.3. Devoir de diligence raisonnable

[34] Conformément à l'art. 101a let. c P-Cst., une entreprise est libérée de toute responsabilité en cas de dommage causé suite à une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales par une entreprise qu'elle contrôle, si elle prouve qu'elle a fait « preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que [sa] diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ».

[35] Le devoir de diligence décrit à l'art. 101a let. b P-Cst.⁶⁸ a pour conséquence qu'une entreprise est libérée de toute responsabilité si elle démontre (1) qu'elle a fait preuve de diligence dans son organisation ou (2) qu'elle a correctement choisi (*cura in eligendo*), instruit (*cura in instruendo*) et surveillé (*cura in custodiendo*) l'entreprise contrôlée.⁶⁹ Comme indiqué *supra*, il s'agit d'une obligation de moyen, non d'une obligation de résultat⁷⁰. Le respect ou non du devoir de diligence raisonnable permet ainsi de déterminer l'existence d'une faute.⁷¹ Il existe de plus une distinction claire entre, d'une part, l'étendue du devoir de diligence des entreprises, qui vaut pour l'ensemble de ses relations commerciales, et, d'autre part, la responsabilité délictuelle à laquelle l'entreprise s'expose en cas de violation de certains droits humains ou de dommages environnementaux, laquelle ne saurait exister qu'en cas de dommage causé par une entreprise contrôlée par une entreprise suisse.⁷² En cas de dommage environnemental causé par un accident dans l'usine étrangère propriété de la filiale de la société suisse, par exemple, cette dernière ne sera pas responsable si elle prouve qu'elle avait pris toutes les précautions pour éviter cet accident.

4.4. Preuve libératoire

[36] En cas de dommage causé par une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales par une entreprise contrôlée par une entreprise suisse, il appartient, dans tous les cas, à une victime d'apporter la preuve de son dommage et des autres conditions de la responsabilité, en particulier du contrôle éventuel de l'entreprise, de l'acte illicite de ladite entreprise et du lien de causalité entre l'acte et le dommage.⁷³ Partant, la possibilité qu'a l'entreprise suisse de se libérer de toute responsabilité pour les actes des entre-

⁶⁸ Sur cette notion, cf. *supra* 3.2.

⁶⁹ De même, l'art. 55 CO prévoit la libération de l'employeur s'il prouve qu'il a fait preuve de diligence dans le choix (*curia in eligendo*), l'instruction (*curia in instruendo*) et la surveillance (*curia in custodiendo*) de ses employés. Voir cependant Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6024, où il est indiqué que « la responsabilité de l'entreprise contrôlante est avant tout déterminée par la surveillance exercée [*cura in custodiendo*] ».

⁷⁰ Cf. *supra* 3.3.

⁷¹ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 17 et commentaire *in fine*. Il est reconnu que la condition de la faute en droit de la responsabilité civile peut être déterminée sur la base d'une norme de diligence qui trouve son fondement dans le *soft law*, cf. GREGOR GEISSER (nbp. 62), p. 950; CEES VAN DAM (nbp. 54), p. 221 ss, 238 ss, 245 ss. Voir aussi CHRISTINE KAUFMANN, Global agieren, local profitieren – und keine Verantwortung?, RSDA 2018, p. 329 ss, p. 340 s., qui plaide, dans ce cadre, en faveur d'une référence explicite aux standards de l'OCDE. Voir cependant RASHID BAHAR (nbp. 50), p. 341 s.; ROLF H. WEBER, Auf dem Weg zu einem neuen Konzept der Unternehmensverantwortlichkeit?, RSJ 112/2016 II, p. 25 ss, p. 27 s., pour qui le caractère indéterminé de la norme est problématique du point de vue de la sécurité du droit.

⁷² GREGOR GEISSER (nbp. 53), N 558; *contra* PETER BÖCKLI/CHRISTOPHE B. BÜHLER (nbp. 52), p. 80 ss., qui traitent à tort de manière indifférenciée l'étendue du devoir de diligence des entreprises qui en contrôle une autre et la question de sa responsabilité.

⁷³ HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER (nbp. 54), N 1062 (en lien avec la responsabilité de l'employeur). Un tel mécanisme se rencontre déjà en matière de responsabilité du conseil d'administration à l'art. 754 al. 2 CO, cf. PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in : Angela Cavallo *et al.*

prises contrôlées par elle en prouvant qu'elle a agi de manière diligente (et qu'elle n'a donc pas commis de faute) doit être qualifiée de preuve libératoire. Le fardeau de la preuve de la responsabilité de l'entreprise n'est donc pas renversé, contrairement à ce que le Conseil fédéral déclare dans son Message.⁷⁴ En cas de renversement du fardeau de la preuve, il incombe à l'intimé de prouver l'absence de faute : tel est le cas en matière de responsabilité contractuelle de l'art. 97 CO, où l'existence d'une faute du débiteur est présumée (de façon réfragable).⁷⁵

[37] Le régime de responsabilité de l'art. 101a al. 2 let. c P-Cst., en offrant aux entreprises la possibilité de se libérer en démontrant qu'elles ont respecté leur devoir de diligence en lien avec les actes des entreprises contrôlées par elles, instaure un régime de responsabilité causale (objective) avec preuve libératoire⁷⁶ ; en cela, la norme constitutionnelle crée une nouvelle forme de responsabilité de la société mère, à côté des formes de responsabilité qui existaient jusqu'alors.⁷⁷ Il s'agit d'un cas particulier d'obligation des sociétés mères de surveiller l'activité de ses filiales.⁷⁸ Cette forme de responsabilité, en tant qu'elle instaure un devoir de surveillance des entreprises contrôlées, est conforme au principe de séparation juridique des sociétés (voile corporatif).⁷⁹

[38] L'interprétation en faveur de la preuve libératoire est soutenue par le fait que la responsabilité créée par l'art. 101a al. 2 let. c P-Cst. est inspirée de la responsabilité de l'employeur pour les dommages de ses employés, réglée à l'art. 55 CO⁸⁰ : dans le cas de l'art. 101a al. 2 let. c P-Cst., l'entreprise qui détient le contrôle remplace l'employeur et l'entreprise contrôlée se substitue à l'employé.⁸¹ L'idée qui sous-tend cette forme de responsabilité est que si une entreprise bénéfi-

(édits), Liber amicorum für Andreas Donatsch : im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis, Zurich 2012, p. 703 ss, p. 716.

⁷⁴ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6031, qui utilise le terme d'« inversion du fardeau de la preuve ».

⁷⁵ CR CO I-THÉVENOZ, art. 97 N 54. Voir toutefois OLIVER KÄLIN, Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR, PJA 11/2007, p. 1339 ss, où l'auteur fait la distinction entre la présomption légale et le renversement du fardeau de la preuve.

⁷⁶ RASHID BAHAR (nbp. 50), p. 341.

⁷⁷ La responsabilité d'une société-mère pour l'action d'une de ses filiales pouvait jusqu'alors être engagée suite à l'action des organes (art. 722 CO), en cas d'application de la théorie de la transparence (*Durchgriff*, cf. TF, arrêt 4A_337/2009 du 16 octobre 2009), pour manque de diligence (*Sorgfaltshaftung*), en cas de confusion des sphères d'influence de la mère et de la fille (organe de fait, ATF 137 III 550), ou en cas de responsabilité fondée sur la confiance (ATF 120 II 331); cf. de manière générale NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère : Panorama des moyens de protection des actionnaires minoritaires et des créanciers de sociétés dominées, Berne 2006. Voir aussi ANDREAS BOHRER, Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, GesKR 2017, p. 323 ss, 326 s. Voir aussi ROLF H. WEBER/RAINER BAISCH (nbp. 55), p. 685; CEES VAN DAM (nbp. 54), p. 248. Sur le concept du *Durchgriff*, cf. PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, § 11 N 475 ss; ROLAND VON BÜREN, (nbp. 63), p. 181 ss.

⁷⁸ Cf. GREGOR GEISSER (nbp. 62), p. 960 ss; PETER FORSTMOSER, Corporate Social Responsibility, eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, in : ROBERT WALDBURGER *et al.* (édits), Law & Economics : Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Berne 2015, p. 174 s.

⁷⁹ WEBER/RAINER BAISCH (nbp. 55) p. 685 ss, 687, 691; CEES VAN DAM (nbp. 54) p. 247 s. Il convient de souligner que l'organe exécutif d'une société avait déjà l'obligation de surveiller l'activité des filiales de la société avant l'adoption de l'initiative. En droit de la SA, cette obligation découle des art. 716a al. 1 ch. 2, 5 et 717 CO, cf. GREGOR GEISSER (nbp. 62), p. 961; PETER FORSTMOSER (nbp. 78), p. 174 s.

⁸⁰ FRANZ WERRO (nbp. 59), N 3. *Contra* : FELIX EHRT, Die Initiative ist eine Mogelpackung, NZZ online du 8 novembre 2016, qui considère de manière surprenante, au vu de ce qui a été décrit ci-dessus, que la responsabilité mise en place par l'art. 101a P-Cst. constituerait un fondement de responsabilité totalement nouveau.

⁸¹ Message Entreprises responsables (nbp. 14), FF 2017 5999, p. 6023, qui semble limiter la portée de la norme aux entreprises contrôlées à l'étranger. A noter que, selon la doctrine, le droit en vigueur permet déjà d'imputer la responsabilité à l'employeur si l'auxiliaire est une entreprise, cf. par exemple FRANZ WERRO (nbp. 59), N 14; ROLAND VON BÜREN (nbp. 63), p. 202 ss; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995, p. 239 ss; LUKAS HANDSCHIN (nbp. 59), p. 344 ss; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la so-

cie d'un avantage économique en raison de l'activité d'une autre entreprise, elle doit également assumer les risques qui sont liés à cette activité.

5. Conclusion

[39] L'initiative « entreprises responsables » a déjà fait couler beaucoup d'encre. Quel que soit le résultat qui sortira des urnes au soir du 29 novembre, un débat de société aura eu lieu en lien avec la manière qu'ont les entreprises suisses d'exercer leur activité économique, en particulier à l'étranger. Dans la mesure où le droit positif suisse offre déjà une protection suffisante des droits humains et de l'environnement en cas de dommage causé en Suisse, l'art. 101a P-Cst. a en effet surtout vocation à s'appliquer à des situations dans lesquelles des dommages sont provoqués à l'étranger par une entreprise suisse ou par une entreprise contrôlée par elle.

[40] Cette contribution a démontré que les arguments avancés par les opposants au texte étaient sans fondements qu'il s'agisse (1) d'une prétendue atteinte à la souveraineté d'autres Etats, (2) de l'engagement pour une amélioration de la situation globale des droits humains et de la protection de l'environnement à l'étranger à laquelle les entreprises suisses seraient tenues, et (3) d'un prétendu renversement du fardeau de la preuve en matière de responsabilité suite à un dommage provoqué par une violation des droits de l'homme internationalement reconnus ou de normes environnementales internationales par une entreprise contrôlée par une entreprise suisse.

[41] En définitive, l'initiative vise à obliger les entreprises suisses à considérer les risques que leurs activités peuvent entraîner ; elle demande donc que ces dernières agissent de manière diligente en Suisse comme à l'étranger. Il s'agit d'une demande raisonnable de la part d'un Etat qui ne saurait imaginer une autre manière de procéder à l'intérieur de ses frontières.

DAMIANO CANAPA est professeur de droit des sociétés à l'Université de Lausanne et directeur du CEDIDAC.

EVELYNE SCHMID est professeure de droit international public à l'Université de Lausanne.

ELENA CIMA est maître assistante à l'Institut de Gouvernance de l'Environnement et Développement Territorial de l'Université de Genève.

Les auteur·trices remercient sincèrement le professeur Franz Werro pour sa relecture critique ainsi que Monsieur Arthur Grisoni, MLaw, assistant diplômé, pour son aide précieuse dans la finalisation du manuscrit.

ciété mère, Berne 2006, p. 89 ss ; . Moins catégorique : CHRISTINE KAUFMANN (nbp. 71), p. 337 ; FRANÇOIS MEMBREZ, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, Genève 2012, 32 ss (http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf, consulté pour la dernière fois le 5 novembre 2020). Critique : PETER BÖCKLI/CHRISTOPHE B. BÜHLER (nbp. 52), p. 56 s.