

[10 | 2016]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

RENÉ STRAZZER / WALTER STICHER / SIMON ROSENTHALER /
RETO MARBACHER / ANTOINE EIGENMANN / BIRGIT BIEDERMANN
FACHANWALT SAV / AVOCAT SPÉCIALISTE FSA
Erbrecht / Droit des successions SEITE / PAGE 407

SYLVAIN SAVOLAINEN / HECTOR ENTENZA
Business and human rights: nouvelle donne
pour les entreprises et les avocats SEITE / PAGE 429



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

BUSINESS AND HUMAN RIGHTS: NOUVELLE DONNE POUR LES ENTREPRISES ET LES AVOCATS

SYLVAIN SAVOLAINEN

Avocat, Genève, Membre de la Commission des droits de l'Homme de l'Ordre des avocats de Genève

HECTOR ENTENZA

Docteur en droit

Mots-clés: droits de l'homme, entreprise, diligence raisonnable, Principes directeurs, profession d'avocat

En 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ces Principes représentent dorénavant l'instrument de référence reconnu à l'échelle mondiale en matière d'entreprises et de droits de l'homme. Un profond changement de paradigme s'opère. Les avocats sont concernés; ils ont un rôle à jouer.

I. Contexte et actualité

Des produits issus de l'apartheid¹ au négoce des «diamants du sang» qui alimentent les conflits armés², la question de la responsabilité des entreprises quant aux effets de leurs activités sur les droits de l'homme s'est imposée depuis quelques années comme l'un des dossiers majeurs des agendas international et nationaux.

Le Secrétaire général des Nations Unies nommait ainsi en 2005 le Professeur John Ruggie en qualité de Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (le Représentant spécial). Six ans plus tard, le 16 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies adoptait à l'unanimité le rapport final du Représentant spécial présentant les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme³ (les Principes directeurs) qui mettent en œuvre le cadre de référence «protéger, respecter et réparer» à l'attention des États et des entreprises. Au même moment, le Conseil des droits de l'homme décidait également de promouvoir la diffusion ainsi que l'application efficaces et globales des Principes directeurs⁴.

Suite à cette adoption, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a modifié ses Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales⁵ et l'Union européenne a élaboré sa nouvelle stratégie en matière de responsabilité sociale des entreprises, invitant les États membres à mettre en place des plans d'action nationaux pour appliquer les Prin-

cipes directeurs⁶. En juillet 2014, un projet visant l'élaboration d'un instrument international juridiquement contraignant sur la responsabilité des entreprises dans le domaine des droits de l'homme a par ailleurs été lancé par le Conseil des droits de l'homme⁷. Enfin, ce printemps, le Conseil de l'Europe a publié des recommandations enjoignant les États membres à notamment introduire une obligation de diligence pour les entreprises, basée sur les Principes directeurs, ainsi qu'à garantir la responsabilité civile et pénale de celles-ci en cas de violations des droits de l'homme⁸.

Au niveau national, diverses stratégies, initiatives et lignes directrices ont également été développées. À titre d'exemple, trente-sept États ont adopté ou sont en cours d'adopter un plan d'action national pour l'implémentation au niveau interne des Principes directeurs⁹.

¹ Doc. ONU 1761 (XVII) du 6 novembre 1962.

² Doc. ONU A/RES/55/56 du 29 janvier 2001.

³ Doc. ONU A/HRC/17/31 du 21 mars 2011.

⁴ Doc. ONU A/HRC/RES/17/4 du 16 juin 2011.

⁵ OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011, p. 2 et 37 ss.

⁶ Doc. UE COM(2011)681 du 25 octobre 2011.

⁷ Doc. ONU A/HRC/RES/26/9 du 14 juillet 2014.

⁸ Doc. UE CM/Rec(2016)3 du 2 mars 2016.

⁹ Cf. <www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.

En Suisse, le Conseil fédéral a publié en avril 2015 un document de position concernant la responsabilité sociétale des entreprises¹⁰. Le plan d'action qui doit servir de référence tant pour les activités de la Confédération que pour celles des acteurs privés se fait toutefois attendre. Enfin, s'appuyant sur les Principes directeurs, la société civile a lancé un projet d'initiative populaire visant à inscrire dans la Constitution un devoir de diligence raisonnable qui incombe aux entreprises dans le domaine des droits de l'homme¹¹. Il apparaît dès lors, au vu des développements internationaux et nationaux, que la question n'est plus de savoir *si* les entreprises doivent s'engager en matière de responsabilité pour le respect des droits de l'homme, mais plutôt de savoir *comment* y parvenir. À cette fin, les Principes directeurs représentent un outil majeur et les avocats se doivent d'intégrer cette évolution dans leur pratique ainsi que dans les conseils qu'ils dispensent à leurs clients.

II. Les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et leurs implications pour les entreprises

En quoi consistent dès lors les Principes directeurs? Selon John Ruggie, «le stade déclaratoire de la responsabilité sociale des entreprises est terminé; alléguer des intentions ne suffit plus»¹².

Concrètement, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus, à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme, codifiée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, auxquels s'ajoutent les principes concernant les droits fondamentaux des huit conventions maîtresses de l'Organisation internationale du Travail, tels qu'énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail¹³. Suivant les circonstances, d'autres normes peuvent se révéler pertinentes, notamment les règles de droit international humanitaire dans les zones de conflits ou les droits des peuples autochtones¹⁴. Par ailleurs, la responsabilité de *respecter* les droits de l'homme exige des entreprises qu'elles évitent d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme ou d'y contribuer par leurs propres activités. De même, elles doivent s'efforcer de prévenir ou d'atténuer les atteintes qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à celles-ci¹⁵. Dans le cadre du troisième pilier, c'est-à-dire *réparer*, il est attendu des entreprises qu'elles remédient à ces incidences lorsqu'elles se produisent.

L'obligation de diligence attendue des entreprises est une obligation de moyens, les mesures devant être adoptées pour s'acquitter de leur responsabilité étant proportionnelles à leur taille, entre autres facteurs¹⁶. Il n'en demeure pas moins que les Principes directeurs s'appliquent à toutes les entreprises indépendamment de leur taille, de

leur secteur, de leur cadre de fonctionnement, de leur régime de propriété et de leur structure¹⁷.

Enfin, il convient de relever que la responsabilité de respecter les droits de l'homme s'étend au-delà de la conformité aux lois et règlements nationaux. Par conséquent, lorsque la législation nationale d'un État est inexistante en matière de droits de l'homme ou présente un niveau de protection inférieur aux normes internationalement reconnues, les entreprises ne peuvent se cantonner à opérer de manière conforme au droit national mais doivent agir selon la norme supérieure¹⁸. En résumé, les entreprises ne doivent pas se réfugier derrière la faiblesse d'un droit national pour profiter d'une espèce de dumping juridique fournissant une protection insuffisante aux droits de l'homme et leur permettant de réduire leur propre norme de conduite¹⁹.

Or, selon une étude menée auprès des deux cents plus grandes entreprises suisses, seuls 11% d'entre elles ont adapté leur politique aux Principes directeurs. Pour les entreprises qui ne sont pas cotées en bourse, ce chiffre descend à 3%²⁰. Quelles conséquences peut-on entrevoir?

1. Les effets positifs en cas de respect des droits de l'homme

La pratique démontre que l'exercice d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme par les entreprises est dans l'intérêt de la société et amène des repercussions positives sur les performances et la stabilité des entreprises²¹.

L'intégration des Principes directeurs dans la gouvernance des entreprises permet à celles-ci de préserver et d'améliorer leur réputation. Les effets de la détérioration de l'image – et subséquemment du chiffre d'affaires – d'entreprises suite à des atteintes aux droits de l'homme ne doivent en effet pas être sous-estimés, ceci d'autant plus au vu de l'influence croissante des médias sociaux. L'entreprise ABB a reconnu que la mise en œuvre d'une procédure de diligence raisonnable en matière de droits

10 CONSEIL FÉDÉRAL, *La responsabilité sociétale des entreprises – Position et plan d'action concernant la responsabilité des entreprises à l'égard de la société et de l'environnement*, avril 2015.

11 Cf. <www.konzern-initiative.ch>.

12 HAUT-COMMISSARIAT AUX DROITS DE L'HOMME, Déclaration à la 23^e session du Conseil des droits de l'homme au nom du M. John Ruggie, Rapporteur spécial, du 7 juin 2013, p. 4.

13 Principe 12, Commentaire.

14 *Ibid.*

15 Principe 13.

16 Principe 14, Commentaire; Principe 15; Principe 17 let. b); Principe 18 let. b).

17 Principe 14.

18 Doc. ONU HR/PUB/12/02, 2012, Principe 23, p. 86.

19 *Ibid.*

20 PAIN POUR LE PROCHAIN/ACTION DE CARÈME, *Politique des droits humains et entreprises suisses: un état des lieux*, avril 2016.

21 L'écart de performance économique entre les entreprises disposant d'une politique de responsabilité sociétale et celles n'en disposant pas serait ainsi de 13% en faveur des premières. Cf. S. BENHAMOU/M.-A. DIAÏE, *Responsabilité sociétale des entreprises et compétitivité*, janvier 2016.

de l'homme lui a permis d'identifier, dans le cadre d'un projet de construction de barrage au Moyen-Orient, des risques d'incidence négative sur les droits de l'homme. En se retirant du projet, ABB a non seulement évité une détérioration de son image, mais a également échappé à un investissement préjudiciable, économisant par là-même des sommes considérables²².

Par ailleurs, il est reconnu qu'une politique en matière de droits de l'homme permet à une entreprise de rassurer et d'accroître ses investisseurs, de diminuer ses risques de litige et d'attirer un personnel qualifié, augmentant la motivation de celui-ci et sa productivité²³. En d'autres termes, comme certains le soulignent, «*being proactive on human rights can make good business sense, as well as being the right thing to do*»²⁴.

2. Les effets négatifs en cas de violation des droits de l'homme

A) Les risques sur le plan civil

Si les Principes directeurs ne représentent pas en soi des nouvelles règles de droit matériel contraignantes – du moins pour le moment – la portée qu'il convient de leur accorder sur un plan judiciaire en cas d'atteinte aux droits de l'homme n'est de loin pas à négliger.

Sur le plan civil, s'agissant de la compétence des tribunaux suisses en cas d'atteinte en Suisse à un droit de l'homme constitutive d'un acte illicite, la question de la compétence desdits tribunaux est établie et n'appelle pas de développement particulier²⁵. En cas d'acte illicite commis à l'étranger par une entreprise dont le siège est situé en Suisse, les tribunaux suisses sont compétents en vertu de l'art. 129 LDIP *cum* art. 21 LDIP ou art. 2 al. 1 de la Convention de Lugano (CL) *cum* art. 60 al. 1 CL. Une entreprise suisse peut également être atraite devant les tribunaux d'un autre État partie à la Convention de Lugano, au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 5 al. 3 CL) ou, s'il s'agit d'une action en réparation de dommage en lien avec une infraction, devant le tribunal saisi de l'action publique (art. 5 al. 4 CL).

La question de la responsabilité civile d'une entreprise suisse pour un acte illicite commis par une filiale à l'étranger appelle des analyses intéressantes. L'espace ici accordé impose toutefois de devoir se limiter et de réserver les développements nécessaires pour traiter le sujet. Signalons néanmoins qu'une telle responsabilité est possible²⁶ tout comme la compétence des tribunaux suisses. Relevons également qu'au mois de décembre 2015, la Cour d'appel de La Haye s'est déclarée compétente pour juger d'une action en responsabilité civile déposée par une famille d'agriculteurs-pêcheurs nigériens contre la société Royal Dutch Shell PLC., maison mère du groupe Shell dont le siège se trouve à La Haye, ainsi que sa filiale Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd dont le siège est situé au Nigéria, pour un cas de pollution d'eau résultant de l'extraction de pétrole²⁷.

S'agissant du fond, si l'acte a été commis en Suisse, l'application du droit suisse ne pose pas de problème. Dans le cas de violations aux droits de l'homme perpé-

trées à l'étranger par une entreprise suisse, les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir de l'application du droit du for (art. 132 LDIP). Le droit suisse peut être ainsi désigné. À défaut, l'art. 133 LDIP désigne de manière générale le droit de l'État où l'acte a été commis ou le droit de l'État du résultat, par conséquent en principe un droit étranger. Toutefois, l'art. 17 LDIP énonce que l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse. Or, l'ordre public suisse au sens de l'art. 17 LDIP «*permet d'évincer le résultat non conforme aux droits fondamentaux de l'application d'une loi étrangère désignée par les règles de conflit et de refuser la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère consacrant la violation d'un tel droit. Les droits de l'homme constituent une partie intégrante de la réserve de l'ordre public*»²⁸. Partant les règles de droit suisse seraient applicables lorsque l'application des règles de droit étranger serait choquante²⁹.

Afin de retenir la responsabilité civile de l'auteur, les conditions cumulatives du préjudice, de l'acte illicite, du lien de causalité et de la faute doivent être réunies, conformément aux articles 41 ss du Code des obligations. Dans l'hypothèse d'une atteinte à un droit de l'homme par une entreprise, les trois premières conditions n'apparaissent *a priori* pas comme les plus délicates à analyser, la condition la plus débattue pouvant être la notion de faute.

Selon la conception traditionnelle, la faute se définit comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique³⁰. Selon d'autres conceptions, la faute réside dans le manquement à la diligence que l'on pouvait raisonnablement attendre de l'auteur au regard des circonstances³¹, respectivement comme une violation du standard de prudence³² ou d'un devoir général de comportement³³. Quelles que soient leurs variations, ces défi-

22 Cf. <www.global-business-initiative.org/work/business-voice/ron-popper-business-voice>.

23 ECONOMIESUISSE/SWISSHOLDINGS, *Responsabilité sociale des entreprises: le point de vue des entreprises*, juin 2015, p. 13; JOE W. PITTS III, *Business Human Rights & the Environment – The Role of the Lawyer*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2008, Vol. 2, p. 483.

24 BUSINESS LEADERS INITIATIVE ON HUMAN RIGHTS, *A Guide for Integrating Human Rights into Business Management*, 2004, p. 3.

25 Art. 36 CPC.

26 Cf. par exemple INGOLD, *La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger*, in RPS 133/2015 p. 228, 234 ss, qui traite également de la responsabilité civile de l'entreprise.

27 Cour d'appel de La Haye, *Dooh c. Royal Dutch Shell PLC*, Jugement du 18 décembre 2015.

28 CR-LDIP, BUCHER, art. 17, N 39; ATF 103 Ia 199, c. 4 c).

29 *Ibid.*, N 21 et références citées.

30 CR-CO I, WERRO, art. 41 CO, N 56.

31 WERRO, *La responsabilité civile*, 2^e éd., Berne 2011, N 259.

32 JAUN, *Haftung für Sorgfaltspflichtverletzung, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen*, Berne 2007.

33 CHAPPUIS, *La distinction entre l'illicéité et la faute: n'est-il pas temps de renoncer? Haftpflicht- und Versicherungsrecht / Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Liber amicorum Roland Brehm, Zurich 2012, p. 92.

nitions ont en commun la notion de comportement diligent qui est attendu de l'auteur. Du reste, dans l'analyse de la négligence, le responsable commet une faute lorsqu'il manque à la diligence dont aurait fait preuve une personne de la catégorie à laquelle il appartient³⁴.

Dans la situation qui nous occupe, peut-on imputer une faute à une entreprise lorsque l'atteinte aux droits de l'homme résulte d'un manquement de sa part aux mesures de diligence raisonnable qu'elle aurait dû prendre conformément aux Principes directeurs?

Pour analyser la faute et déterminer la norme de comportement qui s'imposait à l'auteur, le juge se référera aux règles de droit public. Selon la jurisprudence fédérale, à défaut de dispositions légales ou réglementaires, il est également possible de se référer «à des règles analogues qui émanent d'associations privées ou semi-publiques, lorsqu'elles sont généralement reconnues»³⁵. Or, c'est ainsi que les Principes directeurs ont été conçus³⁶; c'est également ainsi qu'ils sont perçus. En effet, selon le Conseil fédéral, les «Principes directeurs fixent pour la première fois un cadre de référence reconnu internationalement sur la manière d'obliger les entreprises industrielles à respecter les droits de l'homme dans l'État où elles sont actives et de garantir que les victimes de violations soient effectivement indemnisées»³⁷. Pour le Secrétariat d'État à l'économie (SECO), les Principes directeurs sont devenus «une référence dans le domaine de l'économie et des droits de l'homme depuis son approbation»³⁸. S'agissant du Conseil de l'Europe, celui-ci attend des États l'application des principes directeurs «en tant qu'instrument de référence retenu à l'échelle mondiale en matière d'entreprises et de droits de l'homme»³⁹. Enfin, s'agissant du monde de l'entreprise, par exemple les entreprises actives dans le secteur bancaire, citons le Groupe de Thoun réunissant des banques actives à l'échelle mondiale qui, dans le cadre de la discussion de la mise en œuvre des Principes directeurs, a publié un document déclarant que ces derniers «are more than simple voluntary guidelines» et «set a clear, minimum standard for companies in conducting their core business»⁴⁰.

Si nous ne disposons pas encore de jurisprudence suisse quant à la portée qu'il convient d'accorder aux Principes directeurs, il apparaît néanmoins peu discutable sur la base de ce qui précède que ces derniers représentent dorénavant le standard minimum généralement reconnu s'agissant de la diligence raisonnable attendue des entreprises en matière de droits de l'homme. Les prescriptions du Conseil de l'Europe permettent d'être conforté dans cette analyse. Dans son commentaire relatif à la mise en œuvre des Principes directeurs, il est ainsi énoncé qu'«il importe que les États examinent également la possibilité de créer des motifs d'engagement d'une action en matière civile à l'encontre d'une entreprise qui a causé une violation des droits de l'homme parce qu'elle n'a pas fait preuve d'une diligence raisonnable pour prévenir ou atténuer les risques que ses activités présentaient pour les droits de l'homme»⁴¹.

B) Les risques sur le plan pénal

Outre une responsabilité civile, les Principes directeurs préconisent également l'application de la responsabilité pénale de l'entreprise lors de violations de droits de l'homme, notamment en cas de complicité de l'entreprise⁴². Il y a lieu de relever qu'il est notamment fait référence aux dispositions du Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui prescrit le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, de même qu'à la jurisprudence pénale internationale. La poursuite pénale des administrateurs, cadres et employés de l'entreprise est également considérée par les Principes directeurs⁴³. Quels risquent dès lors encourir les uns et les autres?

a) Devant les juridictions pénales internationales

Les Tribunaux pénaux internationaux, y compris la Cour pénale internationale (CPI), ne sont pas compétents à ce jour à l'égard des personnes morales. Seule la poursuite des personnes physiques est possible. Dès lors, si les entreprises ne risquent pas de condamnations devant les juridictions pénales internationales, tel n'est en revanche pas le cas des chefs d'entreprises, membres de conseils d'administration, cadres et autres employés. Différents cas de pillage ont notamment été jugés à Nuremberg entraînant la condamnation d'industriels et de financiers. Citons les condamnations de cinq directeurs de l'entreprise chimique et pharmaceutique I.G. Farben, celle du président de la Banque Dresdner, celle du directeur de la société Continental Oil ou encore celle du responsable de l'entreprise Roehling⁴⁴. Aujourd'hui, des condamnations semblables de supérieurs hiérarchiques civils sont envisageables devant la CPI en vertu de l'art. 28 let. b du Statut de Rome.

b) Devant les juridictions nationales

La responsabilité pénale de l'entreprise est prévue à l'article 102 du Code pénal suisse (CP). L'art. 102 al. 1 CP prévoit une responsabilité pénale subsidiaire de l'entre-

³⁴ CR-CO I, WERRO, art. 41 CO, N 57 et références citées.

³⁵ ATF 126 III 113, c. 2b).

³⁶ Doc. ONU A/HRC/17/31 du 21 mars 2011, N 14; Principes directeurs, Principes généraux, § 5.

³⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, *Rapport de droit comparé, Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger* du 2 mai 2014, p. 3.

³⁸ Cf. <www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/Wirtschaft_und_Menschenrechte.html>.

³⁹ Doc. UE CM/Rec(2016)3 du 2 mars 2016, N 1.

⁴⁰ THE THUN GROUP OF BANKS, *Discussion Paper for Banks on Implications of Principles 16-21*, octobre 2013, p. 4.

⁴¹ Doc. UE CM(2016)18 add final du 2 mars 2016, N 54.

⁴² Principe 17, Commentaire; Principe 23, Commentaire.

⁴³ Principe 23, Commentaire.

⁴⁴ Pour un développement, cf. SAVOLAINEN, *La Responsabilité pénale de la personne morale pour le crime international de pillage: regard sur les systèmes juridiques internes*, in *Dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie, Vingt ans de justice internationale pénale*, La Chartre, 2014, p. 131, 145-147.

prise si un défaut d'organisation n'a pas permis de découvrir l'auteur d'un crime ou d'un délit commis au sein de l'entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts. En revanche, selon l'art. 102 al. 2 CP, en cas de commission de l'une des infractions listées exhaustivement à cet article et réalisée au sein de l'entreprise, celle-ci sera directement responsable si elle n'a pas pris «*toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction*». La responsabilité de l'auteur physique et celle de l'entreprise sont indépendantes; dès lors, un cumul des responsabilités est possible. Par ailleurs, si l'entreprise confie à des tiers des tâches importantes qui relèvent directement du contrôle de ses activités commerciales, lesdits tiers, au nom d'une relation formant une unité économique avec l'entreprise, sont à considérer comme membres de celle-ci. Par conséquent, ils engagent la responsabilité pénale de l'entreprise⁴⁵.

Les mesures de diligence raisonnable prônées par les Principes directeurs peuvent servir d'indicateur permettant d'évaluer si toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires ont été prises par l'entreprise pour éviter la commission d'une infraction portant atteinte à un droit de l'homme. Il sied de relever que si les infractions listées à l'art. 102 al. 2 CP peuvent certes s'avérer en relation avec des atteintes aux droits de l'homme – l'art. 305^{bis} CP *cum* art. 102 CP permettant par exemple de rechercher une banque et/ou l'un de ses membres en cas de blanchiment de valeurs patrimoniales provenant de violations de droits de l'homme; l'art. 260^{ter} CP réprime quant à lui l'organisation criminelle – un très large spectre d'infractions reste cependant non couvert. Le volet le plus criant représentent sans nul doute les crimes prévus aux Titres 12^{bis} à 12^{quater} CP, à savoir le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre. Si la punissabilité du supérieur hiérarchique civil (directeur, membre du conseil d'administration, cadre ou autre) est bien prévue à l'art. 264k CP, tel n'est pas le cas de celle de l'entreprise.

En effet, bien que la Suisse ait ratifié le Statut de Rome et qu'elle ait modifié le Code pénal pour respecter l'obligation de poursuite des crimes les plus graves pour l'ensemble de la communauté humaine, la poursuite en Suisse d'une entreprise pour l'un de ces crimes n'est pas en l'état possible. Il y a là une incohérence conceptuelle patente qu'il convient de combler. Car si le Code pénal prévoit qu'une entreprise puisse être condamnée en cas de commission ou de participation par l'un de ses agents à certains crimes et délits, *a fortiori* une telle responsabilité doit être retenue lors de la commission ou participation aux crimes les plus graves pour l'ensemble de la communauté humaine, c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre.

En 2009, le Conseil fédéral indiquait d'ailleurs que «*la liste des infractions peut être complétée en cas de besoin, comme l'a déjà fait le législateur en 2003 pour le financement du terrorisme et en 2006 pour la corruption privée active*»⁴⁶. Le besoin s'avère manifeste et la conformité aux

Principes directeurs serait ainsi respectée. On se souviendra par ailleurs que ce sont les arrêts du Tribunal fédéral Bührle⁴⁷ et Von Roll⁴⁸, deux affaires en lien avec des situations de guerre, qui avaient contribué à l'instauration de la responsabilité pénale de l'entreprise. Les défauts de surveillance et d'organisation avaient été retenus par le Tribunal fédéral; défauts que l'on pourrait traduire aujourd'hui par manque de diligence raisonnable au sens des Principes directeurs⁴⁹.

D'autre part, s'agissant de poursuites pénales contre une société mère et sa filiale, l'affaire Alstom⁵⁰ enseigne que de telles poursuites peuvent s'étendre à la société mère, y compris à l'étranger. Il est suffisant que l'infraction visée ait été commise en Suisse ou que le défaut d'organisation ait une incidence sur une partie des opérations réalisées en Suisse. Dans le cas d'Alstom, le Ministère public de la Confédération (MPC) a constaté que le groupe avait certes adopté des normes en matière de *compliance* en principe efficaces, mais qu'il ne les avait pas imposées avec la ténacité voulue pour empêcher le versement de montants de corruption à des agents publics étrangers, entraînant une condamnation pénale⁵¹. Au regard du MPC, un groupe peut dès lors être considéré comme un tout en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'entreprise, la société mère devant s'assurer que les règles de *compliance* ou de diligence raisonnable soient respectées par ses filiales, y compris à l'étranger⁵².

Enfin, relevons qu'en lien avec la responsabilité pénale et civile, les Principes directeurs prévoient un devoir de réparation qui incombe à l'entreprise lors d'incidences négatives. C'est l'un des aspects les plus novateurs. L'entreprise doit ainsi prévoir des mesures de réparation suivant des procédures légitimes⁵³, y compris via des mécanismes non judiciaires⁵⁴, fondés sur la participation et le dialogue.

III. L'implication des Principes directeurs pour les avocats

La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, telle que définie dans les Principes directeurs, est appelée à ouvrir de nouvelles perspectives pour les avocats.

⁴⁵ CR-CP I, MACALUSO, 102 CP, N 30.

⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, avis du 20 mai 2009 en réponse à la Motion 09.3365 du 27 avril 2009.

⁴⁷ ATF 96 IV 155.

⁴⁸ ATF 122 IV 103.

⁴⁹ Pour un exemple, antérieur aux Principes directeurs, de condamnation pénale et de défaut de vigilance d'un homme d'affaires néerlandais ayant livré des substances chimiques destinées à la confection de gaz moutarde: Cour d'appel de La Haye, *Public Prosecutor v. Van Anraat*, du 23 décembre 2005.

⁵⁰ Cf. <www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-42300.html>.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Pour développement sur ce thème, cf. INGOLD, *supra* note 26.

⁵³ Principe 22.

⁵⁴ Principes 29 et 31.

En effet, évolution du droit et évolution de la société allant de pair, ce qui est aujourd'hui toléré peut devenir répréhensible demain. À ce titre, en tant que professionnels du droit, les avocats sont idéalement placés pour conseiller leurs clients sur l'implémentation des Principes directeurs et le respect des droits de l'homme. Du reste, au vu du caractère de standard minimum internationalement reconnu des Principes directeurs et de la portée que ces derniers pourraient avoir dans l'évaluation d'un manquement à une diligence raisonnable en matière de responsabilité civile ou pénale de l'entreprise, il n'est pas déraisonnable de considérer qu'un avocat n'étant pas au fait des prescriptions des Principes directeurs pourrait faillir à son devoir de diligence envers le client.

En tout état, s'il n'existe manifestement pas d'approche unique lorsqu'il s'agit d'assister les clients à intégrer un standard minimum de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, il est possible d'identifier deux axes principaux dans lesquels les avocats sont susceptibles de jouer un rôle majeur.

1. *Gestion des risques et évaluation des incidences sur les droits de l'homme*

Conformément au Principe directeur 17, les entreprises doivent identifier leurs incidences sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets; le Principe directeur 18 let. a) appelle par ailleurs les entreprises à recourir à des compétences internes ou externes afin de procéder à une telle évaluation des risques.

De ce point de vue, outre assister l'entreprise dans l'établissement d'une déclaration d'engagement politique – tel qu'un Code de conduite – énonçant clairement ce que l'entreprise attend de son personnel et de ses partenaires commerciaux dans le domaine des droits de l'homme⁵⁵, l'avocat doit intégrer dans ses conseils l'identification et l'évaluation des risques d'incidences négatives que son client peut avoir par le biais de ses activités ou de ses relations commerciales. Une telle évaluation doit intervenir à des intervalles réguliers, mais en tout état avant que l'entreprise n'entame une nouvelle activité ou une nouvelle relation. En effet, les risques pour les droits de l'homme peuvent être augmentés ou atténués dès le stade de l'élaboration des contrats ou d'autres accords, et peuvent être transmis par des fusions ou des acquisitions⁵⁶. L'avocat doit ainsi chercher à prémunir son client contre de potentiels préjudices relatifs aux droits de l'homme⁵⁷. À titre d'exemple, un avocat mandaté par une entreprise qui souhaite engager du personnel de sécurité doit non seulement analyser les contrats de travail à la lumière des normes contenues dans les conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, mais doit également s'assurer que les tâches attribuées en vertu du contrat ainsi que l'environnement d'exécution desdites tâches n'encouragent pas l'usage excessif de la force et, partant, des risques d'atteintes des droits de l'homme⁵⁸.

Par cette évaluation des risques, l'objectif est non seulement de prévenir que le client commette ou contri-

bue à des atteintes mais également d'éviter à l'avocat d'être impliqué dans celles-ci. Si tel est le cas, conformément au Principe directeur 19, l'avocat devra user de son influence pour que son client prenne les mesures diligentes nécessaires propres à empêcher la réalisation de telles atteintes ou à les atténuer dans la mesure du possible. À défaut, bien que n'ayant pas contribué à l'atteinte, l'activité de l'avocat pourrait être perçue comme ayant un lien avec celle-ci, ce qui pourrait avoir un impact sur sa réputation, voire sa responsabilité⁵⁹. Par ailleurs, la question de la résiliation du mandat demeure ouverte, mais ne semble être envisagée qu'en *ultima ratio*, notamment en cas de graves violations des droits de l'homme et si le client refuse de réduire son impact négatif malgré l'influence exercée par son avocat⁶⁰.

2. *Mesures correctives face aux incidences sur les droits de l'homme*

Selon le troisième pilier des Principes directeurs, les entreprises ne peuvent se contenter d'éviter les impacts négatifs de leurs activités sur les droits de l'homme; elles doivent également les réparer⁶¹. Sous ce rapport, le non-respect des droits de l'homme aura de plus en plus pour conséquence d'engager non seulement la réputation des entreprises, mais également leur responsabilité civile et pénale⁶².

Partant, de nouvelles perspectives s'ouvrent ainsi pour les avocats actifs dans la défense des victimes des activités illicites des entreprises, l'action de ces derniers devant du reste être protégée par l'État⁶³. Parallèlement, les avocats chargés de la défense des entreprises accusées d'atteintes aux droits de l'homme seraient avisés, conformément aux Principes directeurs 22 et 29, d'accompagner leurs clients dans la mise en place de mesures correctives opérationnelles leur permettant d'examiner rapidement les plaintes et d'y remédier directement, évitant ainsi de devoir subir des procédures judiciaires souvent longues et hasardeuses⁶⁴.

Dans le même sens, l'avocat-médiateur ne saurait négliger la portée pratique des mécanismes de réclamation extrajudiciaires existant actuellement dans le domaine et

55 Principe 16.

56 Principe 17, Commentaire.

57 À cette fin, les *Principles for Responsible Contracts* peuvent s'avérer, par application analogique, un support utile aux négociateurs. Doc. ONU A/HRC/17/31/Add. 3 du 25 mai 2011.

58 ADVOCATES FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights – A guide for the legal profession*, 2013, p. 16.

59 *Ibid.*, p. 18. Cf. art. 50 al. 1 CO, TF 4A_185/2007, c. 6.2.2;

CHAPPUIS/CASSANI, L'instigation à un acte illicite par un avocat, in: *Revue de l'avocat*, 9/2016, p. 389.

60 *Ibid.*, p. 25–26.

61 Principes 22, 29 et 31.

62 Voir *supra*, section II.

63 Doc. UE CM/Rec(2016)3 du 2 mars 2016, para. 70.

64 En ce qui concerne le caractère effectif de telles voies de recours, cf. Principe 31.

prônés par les Principes directeurs. À titre d'exemple, les Points de contacts nationaux, institués dans le cadre des Principes directeurs de l'OCDE, permettent d'entreprendre une médiation en cas d'allégation de violation des droits de l'homme commises par des entreprises multinationales⁶⁵. Ce mécanisme a pour avantage de ne pas comporter de risques financiers et d'éviter les conflits relatifs aux compétences, et s'est d'ores et déjà démontré efficace en matière de règlement des différends⁶⁶.

Au regard de ce qui précède, la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme, dont les implications font l'objet d'une reconnaissance sans cesse croissante, est indubitablement appelée à prendre de l'ampleur dans la profession d'avocat.

À ce titre, les avocats qui conseillent les entreprises doivent se familiariser avec les Principes directeurs afin d'aider leurs clients à atteindre leurs objectifs sans porter

atteinte aux droits de l'homme. Sans déroger au rôle primaire de l'État dans la protection des individus contre les risques de violations émanant d'autres acteurs non-étatiques, les Principes directeurs établissent un standard de référence s'agissant de la manière dont le secteur privé doit mener ses activités.

65 En Suisse, le Point de contact national est rattaché au secteur Investissements internationaux et entreprises multinationales du SECO.

66 Les cas traités par le Point de contact national suisse sont disponibles sous <www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/NKP/Statements_zu_konkreten_Faellen.html> et concernent des entreprises telles que Nestlé, Holcim et Glencore.