

[ 11/12 | 2017 ]

# ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

LORENZ BÖHLER / STEPHAN C. BRUNNER

Die wichtigsten im Jahr 2018 in Kraft tretenden  
Erlasse des Bundes: ein Überblick SEITE / PAGE 455

HENRIETTE HAAS

Plädoyer für das Geständnis SEITE / PAGE 466

SYLVAIN SAVOLAINEN / GÉRALD PACHOUD

La responsabilité civile de l'entreprise  
en cas d'atteinte aux droits de l'homme SEITE / PAGE 489



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	451
<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	452
<hr/>	
<b>THEMA / QUESTION DU JOUR</b>	
Lorenz Böhler / Stephan C. Brunner Die wichtigsten im Jahr 2018 in Kraft tretenden Erlasse des Bundes: ein Überblick	455
Roland Pfäffli / Mascha Santschi Kallay Bauhandwerkerpfandrecht: Rechtsprechung und Vollzug	459
Henriette Haas Plädoyer für das Geständnis	466
Markus Vischer / Dario Galli Nochmals zum Umfang des Formzwangs beim Grundstückkauf	473
<hr/>	
<b>ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU</b>	
Sylvain Savolainen / Gérald Pachoud La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme	489
<hr/>	
<b>RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE</b>	497
<hr/>	
<b>ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT</b>	
Walter Fellmann / Manuela Häfliger Siegesprämie für Anwälte – BGer 4A_240/2016 und seine Bedeutung	499
François Bohnet TF 4A_240/2016 ou les limites du <i>pactum de palmario</i>	505
<hr/>	
<b>SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX</b>	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	510

### IMPRESSUM

**Anwaltsrevue / Revue de l'avocat**  
20. Jahrgang 2017 / 20<sup>e</sup> année 2017  
ISSN 1422-5778 (Print)  
e-ISSN 2504-1436 (Online)

**Erscheinungsweise / Parution**  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

**Zitervorschlag / Suggestion de citation**  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

**Herausgeber / Edité par**  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

**Chefredaktion / Rédacteur en chef**  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Kontakt Verlag /  
Contact maison d'édition**  
Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG  
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

**Mitarbeiter / Collaborateur**  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)  
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

**Sekretariat SAV / Secrétariat FSA**  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

**Inserate / Annonces**  
Stämpfli AG  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

**Auflage / Tirage**  
9193 Exemplare / exemplaires  
(notariell beglaubigt / authentifié par  
un notaire)

**Vertrieb / Distribution**  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

**Preise / Prix**  
Jährlich / Annuel:  
CHF 198.–, EUR 248.– (Print und Online);  
CHF 159.–, EUR 159.– (Online)  
Studenten / Etudiants: CHF 98.–  
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)  
und Versandkosten.  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 26.–, EUR 26.–  
Mitglieder des SAV gratis /  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate  
vor Ende der Laufzeit möglich. /  
Résiliation de l'abonnement possible  
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de  
l'abonnement.

**Copyright**  
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-  
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE L'ENTREPRISE EN CAS D'ATTEINTE AUX DROITS DE L'HOMME

## SYLVAIN SAVOLAINEN

Avocat, membre de la Commission des droits de l'homme de l'Ordre des avocats de Genève

## GÉRALD PACHOUD

Consultant, ancien Conseiller spécial du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur les droits de l'homme et les entreprises

Mots-clés: responsabilité civile, entreprise, droits de l'homme, diligence raisonnable, Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

L'étendue et la nature de la responsabilité sociale des entreprises ont longtemps porté à controverse. En 2011, les Nations Unies ont unanimement adopté des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Ces Principes prévoient notamment un processus de diligence raisonnable attendu de la part de l'entreprise à l'égard des droits de l'homme. S'ils représentent un instrument dit de *soft law*, les Principes directeurs des Nations Unies n'en restent pas moins reconnus aujourd'hui comme le standard de référence en la matière. La présente contribution se propose de développer comment, à ce titre, les Principes directeurs sont directement applicables par les tribunaux suisses afin d'analyser la responsabilité civile d'une entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme.

## I. La genèse des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

Au tournant des années 2000, l'impact négatif que peut avoir l'activité des entreprises sur les droits de l'homme a suscité une attention particulière, en raison notamment de plusieurs cas emblématiques<sup>1</sup> relatifs par exemple à l'exploitation des ressources naturelles en Afrique ou aux conditions de travail dans le secteur textile en Asie. Cette prise de conscience s'est également développée avec l'émergence du processus de mondialisation de l'économie et de ses agents<sup>2</sup>: «*[L]es chiffres parlent clairement. Les multinationales ont crû jusqu'à atteindre un pouvoir analogue ou supérieur à celui de certains États. (...) Les 200 premières entreprises au monde ont des chiffres d'affaires équivalents à un quart de l'activité économique mondiale. (...) En Suisse, les vingt entreprises du SMI représentent approximativement 85 % de la capitalisation totale du marché suisse des actions*»<sup>3</sup>.

Si les problèmes d'atteintes aux droits de l'homme par les entreprises étaient identifiés, une réponse claire était bloquée par les positions polarisées de deux blocs.

D'un côté, les «traditionalistes rigoristes», estimant que le régime des droits de l'homme ne s'appliquait qu'aux États, de l'autre, les «progressistes créatifs», considérant que les droits de l'homme devaient se transposer tels quels directement aux entreprises, en particulier aux plus grandes d'entre-elles. Aucune de ces positions n'était satisfaisante. Afin de sortir de cette impasse, le Secrétaire général des Nations Unies nomma le Professeur John Ruggie, en tant que Représentant spécial chargé de la

<sup>1</sup> Sans se prononcer sur les chances de succès ou le bien-fondé de chaque cas, le BUSINESS AND HUMAN RIGHTS RESSOURCE CENTRE recense plus d'une centaine de cas portés devant des tribunaux, consultables via <https://business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/case-profiles/complete-list-of-cases-profiled> (14. 11. 2017).

<sup>2</sup> ONU, A/HRC/17/31, N 1.

<sup>3</sup> NERI-CASTRACANE, *Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise: Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale*, 2016, p. 78 et références citées.

question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (le Représentant spécial). Ce dernier reçut pour mandat principal de clarifier les rôles et responsabilités respectifs des États et des entreprises en matière de droits de l'homme et en particulier d'«inventorier et préciser les normes relatives à la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises»<sup>4</sup>. Ainsi, le mandat ne portait pas sur la création de nouvelles normes mais sur une décantation des différentes règles et pratiques juridiques existantes<sup>5</sup> dans le but de fournir des indications concrètes et une ligne de conduite s'inspirant de la pratique suivie<sup>6</sup>.

Au-delà des oppositions doctrinales, le Représentant spécial orienta son mandat vers la recherche d'un consensus bénéfique à l'ensemble des acteurs concernés. Ce travail visait notamment à prévenir le «développement de funestes doctrines en isme» et apporter une réponse à «une leçon que l'Histoire nous a apprise il y a longtemps déjà: quand il y a un grave déséquilibre entre, d'une part, les dimensions des marchés et des organisations d'entreprises et, d'autre part, la capacité de la collectivité de protéger et promouvoir les valeurs fondamentales de la vie sociale, la situation n'est pas tenable. (...) Aujourd'hui, le décalage de plus en plus marqué entre les marchés mondialisés et la capacité de la collectivité d'en gérer les conséquences pourraient conduire les dirigeants à opter pour un repli sur soi, cédant aux pressions de groupe d'électeurs économiquement défavorisés mais politiquement influents, le nationalisme dur ou le fondamentalisme intolérant risquant alors d'apparaître comme la promesse d'une protection sociale. Il vaut beaucoup mieux asseoir les marchés mondiaux sur des valeurs et des pratiques institutionnelles communes»<sup>7</sup>.

En 2011, après six ans de recherches, et surtout de consultations avec l'ensemble des parties prenantes, le Représentant spécial présenta un ensemble de trente et un Principes directeurs au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies<sup>8</sup>, dont la Suisse, qui les a approuvés à l'unanimité<sup>9</sup>. Ce fait est particulièrement remarquable lorsque l'on sait qu'une telle unanimité est rare au sein d'un organe comme le Conseil des droits de l'homme qui réunit des États aux sensibilités singulièrement différentes, mais également au regard du fait que les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les Principes directeurs) sont le seul texte ayant été adopté par les États membres du Conseil sans que ceux-ci en négocient le contenu. Cela démontre le caractère particulièrement légitime des Principes directeurs.

Depuis 2011, reflet du consensus qui a marqué l'adoption des Principes directeurs et l'acceptation de leur caractère normatif, ils ont guidé un développement particulièrement important d'instruments, tant de *soft law* que contraignants. À titre d'exemples, on peut citer la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance en matière de droits de l'homme des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>10</sup>, la révision de 2013 du *UK Companies Act*<sup>11</sup> qui exige que les entreprises cotées établissent un rapport annuel sur leur politique à l'égard des droits de

l'homme, la loi britannique de 2015 sur l'esclavage moderne<sup>12</sup>, la révision de 2011 des Principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques à l'intention des entreprises<sup>13</sup>, la Résolution du Parlement européen de 2016 sur la responsabilité des entreprises dans les violations graves des droits de l'homme dans les pays tiers<sup>14</sup>, la Directive du Parlement européen et du Conseil<sup>15</sup> de 2014 exigeant des grandes entreprises publiques un rapport sur leurs performances en matière de droits de l'homme, ou encore la Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et les entreprises de 2016<sup>16</sup>. Dans ce sens, si l'on compare l'impact des Principes directeurs avec d'autres instruments internationaux dont la portée est pleinement juridiquement contraignante, on peut conclure que le caractère «mou» et non contraignant des Principes directeurs est finalement très relatif.

## II. La logique des Principes directeurs

Les trente et un Principes directeurs sont construits autour de trois piliers: premièrement, l'obligation de *protéger* les droits de l'homme qui incombe à l'État notamment lorsque des entreprises portent atteinte à ces droits; cela suppose des politiques, des règles et des recours appropriés. Deuxièmement, la responsabilité des entreprises de *respecter* les droits de l'homme; en d'autres termes, *faire preuve de diligence raisonnable* pour s'assurer de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui et de *parer aux incidences négatives* dans lesquelles elles jouent un rôle. Troisièmement, la nécessité d'un accès plus effectif pour les victimes à des *mesures de réparation*, tant judiciaires que non judiciaires.

Le vocabulaire employé par les Principes directeurs pose des attentes juridiquement différentes à l'égard de chaque protagoniste: d'une part, une *obligation* pour les États, soit un devoir juridiquement contraignant à l'égard des droits de l'homme imposé par l'ordre juridique international et les systèmes internes, d'autre part, une *responsabilité* pour les entreprises de *respecter* les droits de

4 COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME, Résolution 2005/69, N. 1 a).

5 ONU, A/HRC/17/31, N. 4.

6 ONU, A/HRC/17/31, N. 11.

7 ONU, E/CN.4/2006/97, p. 6-7.

8 ONU, A/HRC/17/31.

9 ONU, A/HRC/RES/17/4.

10 Cf. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte> (14. 11. 2017).

11 Cf. <https://www.equalityhumanrights.com/en/advice-and-guidance/reporting-requirements-uk> (14. 11. 2017).

12 Cf. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted> (14. 11. 2017).

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

14 UE, Résolution P8\_TA(2016)0405.

15 UE, Directive 2014/95/UE.

16 CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation CM/Rec(2016)3.

l'homme, reflet des attentes de la société mais également des pratiques de certaines entreprises elles-mêmes. Ainsi, les Principes directeurs forment un ensemble complémentaire où «chaque pilier est une composante essentielle d'un système interdépendant et dynamique de mesures de prévention et de réparation: l'obligation de protéger incombant à l'État car c'est le cœur même du régime international des droits de l'homme; la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme car la société attend d'elles au minimum qu'elles les respectent; et l'accès à des mesures de réparation parce que même les efforts les plus concertés ne peuvent pas prévenir toutes les pratiques abusives»<sup>17</sup>. Dès lors, le principe fondamental – somme toute aussi compréhensible que légitime – de la responsabilité des entreprises est d'éviter de porter atteinte aux droits fondamentaux d'autrui et, le cas échéant, de remédier à l'impact négatif à leur rencontre auquel elles sont liées.

Cette responsabilité de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus<sup>18</sup>. À savoir, au minimum, les droits codifiés par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; auxquels s'ajoutent les principes concernant les droits fondamentaux des huit conventions fondamentales de l'Organisation internationale du Travail, soit les conventions se rapportant à la liberté syndicale, au droit d'organisation et de négociation collective, à l'abolition du travail forcé, à l'âge minimum d'admission à l'emploi, aux pires formes de travail des enfants, à l'égalité de rémunération, ainsi qu'à la discrimination. 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 autochtones<sup>19</sup>.

### III. Une responsabilité de prévention

Le principe opératoire de la responsabilité attendue des entreprises repose ainsi sur un impératif de diligence raisonnable. Cette diligence raisonnable consiste à identifier les incidences négatives effectives et potentielles de l'activité de l'entreprise sur les droits de l'homme, à prévenir ces incidences et en atténuer les effets, et rendre compte de la manière dont l'entreprise remédie à de telles incidences négatives<sup>20</sup>. Afin que les droits de l'homme soient véritablement protégés, il est attendu par ailleurs de l'entreprise qu'elle s'efforce de prévenir ou d'atténuer les incidences négatives qui sont directement liées à son activité, ses produits ou ses services ou du fait de ses relations commerciales, même si elle n'a pas contribué à ces incidences<sup>21</sup>.

Il en découle que la diligence raisonnable attendue en matière de droits de l'homme sera plus ou moins complexe suivant la taille de l'entreprise, le risque qu'elle présente de graves incidences sur les droits de l'homme, et la nature et le cadre de ses activités<sup>22</sup>. Ainsi, les petites et moyennes entreprises auront dans une grande majorité de

cas besoin de moins de capacités et des procédures ou des structures de gestion plus informelles que les grandes entreprises<sup>23</sup>. Dès lors, le comportement attendu de l'entreprise par les Principes directeurs représente une exigence de moyen et non de résultat<sup>24</sup>.

Par ailleurs, il convient de relever que les Principes directeurs établissent un régime qui prend en compte l'ensemble des situations dans lesquelles une entreprise peut être impliquée dans une atteinte aux droits de l'homme: soit l'entreprise cause elle-même directement une incidence négative par le biais de sa propre activité, soit elle y contribue, soit finalement l'incidence négative se produit par suite des relations commerciales de ladite entreprise avec d'autres parties<sup>25</sup>. Ce dernier élément représente certainement l'un des caractères les plus audacieux des Principes directeurs mais reflète la réalité des relations économiques actuelles; il concrétise la volonté des Principes directeurs de tenir compte de cette réalité afin d'être réellement efficaces mais il faut souligner que le comportement attendu varie selon son degré d'implication. Premièrement, lorsqu'une entreprise cause elle-même ou peut causer une incidence négative sur les droits de l'homme, elle doit prendre les mesures nécessaires pour la *prévenir ou la faire cesser*<sup>26</sup>. Deuxièmement, lorsqu'une entreprise contribue ou peut contribuer à une incidence négative sur les droits de l'homme, elle doit prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou faire cesser sa contribution et *user de son influence* pour atténuer les incidences restantes dans la mesure du possible<sup>27</sup>. Troisièmement, lorsqu'une entreprise n'a pas contribué à une incidence négative sur les droits de l'homme, mais que cette incidence est néanmoins directement liée à son activité, ses produits ou ses services ou du fait de sa relation commerciale avec une autre entité, la situation est plus compliquée. Si l'entreprise jouit d'une influence lui permettant de prévenir ou d'atténuer l'incidence négative, elle doit l'exercer. Et si elle ne possède pas une telle influence, elle doit chercher des moyens de l'accroître; par exemple, en offrant un renforcement des capacités ou d'autres incitations à l'entité connexe, ou en collaborant avec d'autres acteurs. Si aucune solution n'est envisageable, les Prin-

17 ONU, A/HRC/17/31, N. 6.

18 Principe 12, commentaire.

19 Principe 12, commentaire.

20 Principe 17.

21 Principe 13 let. b).

22 Principe 17 let. b).

23 Principe 14, commentaire.

24 Principe 14, commentaire; Principe 15; Principe 17 let. b); Principe 18 let. b).

25 Principe 13, commentaire. On entend par «relations commerciales» les relations avec ses partenaires commerciaux, les entités de sa chaîne de valeur, et toute autre entité non étatique ou étatique directement liée à ses activités, ses produits ou ses services commerciaux.

26 Principe 19, commentaire.

27 Principe 19, commentaire.

cipes directeurs préconisent de mettre un terme à la relation, tout en comprenant néanmoins qu'une relation d'affaire puisse être cruciale pour une entreprise. Dans ce cas, ladite entreprise doit décider si elle maintient sa relation d'affaires; si tel est le cas, elle demeure dans l'obligation de démontrer les efforts constants qu'elle aura menés pour atténuer l'incidence négative. Elle doit en outre être prête à accepter toutes les conséquences du maintien de cette relation, y compris s'agissant de sa réputation et de l'impact financier ou juridique<sup>28</sup>.

#### IV. Une responsabilité de réparation

Les Principes directeurs reconnaissent que même en se dotant des meilleures politiques et pratiques, une entreprise peut avoir un impact négatif sur les droits de l'homme qu'elle n'a pas prévu ni pu ou su empêcher<sup>29</sup>. Comme indiqué ci-dessus, sa responsabilité exige alors qu'elle s'emploie à réparer l'impact négatif, seule si elle a causé le dommage, ou en coopération avec d'autres acteurs si elle y a contribué. Lorsque des incidences négatives sont apparues dont l'entreprise n'est pas à l'origine et auxquelles elle n'a pas contribué, mais qui sont directement liées à ses activités, produits ou services ou par suite d'une relation commerciale, de par sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, l'entreprise n'est pas tenue de prévoir elle-même des voies de recours internes et extra-judiciaires, bien qu'elle puisse jouer un rôle à cet égard<sup>30</sup>.

Ainsi, les actions que les entreprises peuvent entreprendre pour réparer les impacts négatifs sur les droits de l'homme, qu'elles n'auraient pas prévus ni pu ou su empêcher, ne s'opposent pas mais complètent les mesures appropriées que les États devraient prendre pour assurer l'efficacité des mécanismes judiciaires internes lorsqu'ils font face à des atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, y compris en examinant les moyens de réduire les obstacles juridiques, pratiques et autres qui pourraient amener à refuser l'accès aux voies de recours<sup>31</sup>.

Un vœu pieux? Pour reprendre la formule du Prof. John Ruggie lors de la reddition des Principes directeurs, en matière de responsabilité des États et des entreprises à l'égard des droits de l'homme, les Principes directeurs marquent *«the end of the beginning»*<sup>32</sup>. Il s'agit dorénavant, notamment, de rendre effectives par les systèmes judiciaires internes les voies de droit permettant la réparation en cas d'atteinte aux droits de l'homme. Cette obligation des États, et par conséquent de leurs tribunaux, de garantir le respect des droits de l'homme comme de sanctionner leur violation n'a rien de nouveau. La Convention européenne des droits de l'homme repose du reste sur le même principe. Pour reprendre la formule, maintes fois répétée, de la Cour européenne des droits de l'homme: *«[l]a Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs»*<sup>33</sup>. En tant qu'État partie à la Convention, le rappel de la Cour s'applique bien évidemment tout autant à la Suisse<sup>34</sup>.

#### V. Compétence des tribunaux suisses et droit applicable en cas de violation des droits de l'homme

Il sied tout d'abord de relever que selon le Tribunal fédéral, les droits fondamentaux n'ont pas seulement une fonction de défense contre les atteintes dues à l'État mais fondent aussi un devoir étatique de protection contre les atteintes que les particuliers provoquent<sup>35</sup>. Selon les termes du Tribunal fédéral, *«[C]ertes, les droits fondamentaux servent en premier lieu à défendre les individus contre les atteintes des pouvoirs publics, mais leur portée peut se révéler utile dans la détermination de ce qui est tolérable dans les relations entre particuliers»*<sup>36</sup>. Ce devoir d'intervention de l'État à l'égard des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers se justifie car la possibilité effective d'exercer paisiblement ces droits représente une composante de l'ordre public dont la sauvegarde incombe à l'État<sup>37</sup>, y compris donc dans les rapports de droits privés.

En matière de responsabilité civile, s'agissant tout d'abord de la compétence des tribunaux suisses en cas d'atteinte en Suisse à un droit de l'homme, la question de la compétence desdits tribunaux est établie et n'appelle pas de remarque particulière<sup>38</sup>. Si l'acte illicite a été commis à l'étranger par une entreprise dont le siège est en Suisse, les tribunaux suisses sont également compétents en vertu de l'art. 129 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) *cum* art. 21 LDIP ou art. 2 al. 1 de la Convention de Lugano (CL) *cum* art. 60 al. 1 CL. À noter qu'une entreprise suisse peut également être atraite devant les tribunaux d'un autre État partie à la Convention de Lugano, soit au lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 5 al. 3 CL) soit, 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).

Si la responsabilité civile d'une entreprise suisse pour un acte illicite commis par une filiale à l'étranger a pu susciter débat, un tel débat s'avère à présent dépassé. En 2011 déjà, le Ministère public de la Confédération (MPC) avait ouvert une procédure pénale contre deux sociétés du groupe Alstom<sup>39</sup>, la société mère et l'une de ses filiales, se

<sup>28</sup> Principe 19, commentaire.

<sup>29</sup> Principe 22, commentaire.

<sup>30</sup> Principe 22, commentaire.

<sup>31</sup> Principe 26.

<sup>32</sup> Doc. ONU A/HRC/17/31, N. 13.

<sup>33</sup> ACEDH, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21. 6. 2016, § 127; ACEDH *Schlumpf c. Suisse* du 8. 1. 2009, § 57; ACEDH *Emonet et autres c. Suisse* du 13. 3. 208, § 77.

<sup>34</sup> ACEDH, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* du 21. 6. 2016, § 127; ACEDH *Schlumpf c. Suisse* du 8. 1. 2009, § 57; ACEDH *Emonet et autres c. Suisse* du 13. 3. 208, § 77.

<sup>35</sup> ATF 130 III 28, c. 4.2; ATF 126 II 300=JdT 2001 I 674, c. 5 a); ATF 119 Ia 28, c. 2.

<sup>36</sup> ATF 130 III 28, c. 4. 2. 3

<sup>37</sup> ATF 119 Ia 28, c. 2.

<sup>38</sup> Art. 36 CPC.

<sup>39</sup> Cf. [www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-42300.html](http://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-42300.html) (14. 11. 2017).

basant sur l'art. 102 al. 2 du Code pénal (CP) qui prévoit qu'une entreprise doit être punie s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'une des infractions énumérées par la disposition. Le MPC avait considéré qu'un groupe de sociétés forme un tout et, par conséquent, la société mère du groupe doit s'assurer, elle aussi, que les obligations de diligence soient respectées par ses filiales<sup>40</sup>. La procédure était certes pénale, cependant la logique était posée par une autorité judiciaire suisse. Sur le plan civil, le régime de l'art. 55 du Code des obligations (CO) qui rend responsable l'employeur du dommage causé par ses travailleurs ou auxiliaires s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire repose sur la même logique de l'art. 102 al. 2 CP qui a guidé le MPC. Comme l'explique WERRO, «[e]n effet, en recourant à des auxiliaires, l'employeur augmente les risques que son activité fait courir aux tiers et, puisqu'il tire profit des services de son employé, il est juste qu'il supporte aussi les conséquences des manquements de celui-ci»<sup>41</sup>.

On relèvera par ailleurs un arrêt du Tribunal fédéral en matière bancaire dont l'idée sous-jacente est finalement analogue. Selon le Tribunal fédéral, la personne – qu'elle soit physique ou morale<sup>42</sup> – qui influence les décisions et les affaires d'une entreprise peut être tenue responsable en vertu de l'art. 754 al. 1 CO, qui correspond à l'ancien art. 41 de la Loi sur les banques, des préjudices causés par cette dernière et sur laquelle la première avait certain contrôle si lesdits préjudices découlent d'un manquement intentionnel ou par négligence à un devoir attendu de la première<sup>43</sup>.

Au plan international, une position sans ambiguïté visant à percer le voile de la personnalité juridique entre société mère et filiale a été adoptée lorsqu'un tel voile peut entraver l'imputation d'une responsabilité à la société mère en cas de violation de droits de l'homme. En 2016, le Conseil de l'Europe s'est ainsi exprimé clairement à l'attention de ses membres. Le rapport explicatif à la Recommandation CM/Rec(2016)3 énonce que «[l]e principe de la personnalité morale et la doctrine de la responsabilité limitée, qui ont été créés en droit commercial pour encourager l'investissement sans faire craindre aux investisseurs un engagement de leur responsabilité, autrement dit pour favoriser la croissance économique, ont pour conséquence que la personnalité morale d'une entreprise est distincte de la personnalité morale d'une autre. Ces principes s'appliquent également aux sociétés mères et à leurs filiales, ce qui accroît pour les victimes alléguées de violations des droits de l'homme causées par une entreprise la difficulté à établir la responsabilité civile de la société mère (sauf si les juridictions nationales appliquent l'exception qui leur permet de «percer l'écran social» qui sépare les deux sociétés). Du point de vue procédural, le fait qu'une filiale exerce ses activités dans un pays tiers et relève par conséquent d'une autre compétence judiciaire peut faire obstacle à la justice. C'est la raison pour laquelle le paragraphe 35 de la Recommandation préconise que les États membres envisagent

*d'autoriser leurs juridictions nationales à exercer leur compétence en pareil cas à l'encontre à la fois de la société mère qui relève de leur compétence et de la filiale, même si celle-ci relève d'une autre compétence judiciaire. Mais il faut pour cela que les actions engagées à l'encontre de la société mère et de la filiale soient étroitement liées»<sup>44</sup>.*

La jurisprudence des tribunaux néerlandais concrétise d'ores et déjà ce principe. Ainsi, un tribunal de La Haye s'est déclaré compétent à la fois à l'égard de Royal Dutch Shell PLC, enregistrée au Royaume-Uni et dont le siège est aux Pays-Bas, ainsi qu'à l'égard de Shell Petroleum Development Company of Nigeria Ltd, domiciliée au Nigeria, dans une affaire intentée par des citoyens nigériens concernant un préjudice de pollution par les hydrocarbures causé par un pipeline qui avait fuité au Nigeria<sup>45</sup>. La Cour d'appel de La Haye a confirmé la compétence des tribunaux néerlandais<sup>46</sup>.

En Allemagne, une cour régionale de Dortmund s'est également reconnue compétente pour juger de la responsabilité civile d'une entreprise allemande, KIK, pour violation de droits de l'homme survenue au Pakistan au sein d'Ali Enterprises, société pakistanaise. S'il s'agit donc d'une entreprise pakistanaise qui s'avère directement impliquée dans le décès de deux-cent-soixante ouvriers, la Cour de Dortmund s'est déclarée compétente en raison notamment du fait que KIK était le principal client d'Ali Enterprises et, à ce titre, avait un pouvoir d'influence clé sur sa partenaire pakistanaise<sup>47</sup>.

Enfin, toujours au registre de la compétence des tribunaux de l'État de la société mère en cas d'atteinte aux droits de l'homme commise par une filiale à l'étranger, la législation française retient également le principe de responsabilité solidaire de la société mère et d'une filiale via la récente loi française susmentionnée relative au devoir de vigilance en matière de droits de l'homme des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre<sup>48</sup>.

S'agissant du fond et du droit applicable, si l'acte a été commis en Suisse, le droit suisse s'applique sans que cela appelle de commentaire. En cas de violation des droits de l'homme perpétrée à l'étranger par une entreprise suisse,

<sup>40</sup> Cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-42300.html> (14. 11. 2017). Selon le communiqué de presse officiel, «[d]e l'avis du Ministère public de la Confédération, Alstom SA porte une part de responsabilité, en sa qualité de centrale du groupe, pour les défauts constatés au niveau de l'organisation».

<sup>41</sup> WERRO, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., N. 454.

<sup>42</sup> CR-CO II, 2<sup>e</sup> éd., CORBOZ/AUBRY GIRARDIN, art. 754 CO, N. 10.

<sup>43</sup> ATF 117 II 432 = JdT 1993 I 72, c. 2. b).

<sup>44</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, CM(2016)18-addfinal du 2. 3. 2016, N. 58.

<sup>45</sup> COUR DE LA HAYE, *Dooh c. Royal Dutch Shell PLC*, HA ZA 09-579, Jugement du 30. 12. 2009.

<sup>46</sup> COUR D'APPEL DE LA HAYE, *Dooh c. Royal Dutch Shell PLC*, HA ZA 09-1581, Jugement du 18. 12. 2015.

<sup>47</sup> Cf. [https://www.ecchr.eu/en/our\\_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html](https://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/working-conditions-in-south-asia/pakistan-kik.html) (14. 11. 2017).

<sup>48</sup> Cf. *supra* I et <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte> (14. 11. 2017).

aux termes de l'art. 132 LDIP les parties peuvent, après l'événement dommageable, convenir de l'application du droit du for. Le droit suisse peut ainsi être désigné. Faute d'élection de droit, l'art. 133 al. 2 LDIP désigne de manière générale le droit de l'État où l'acte illicite a été commis ou le droit de l'État du résultat, par conséquent en principe un droit étranger. Néanmoins, 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»<sup>49</sup>. Par conséquent, les principes et règles de droit suisses s'imposent lorsqu'un résultat en matière d'actes illicites n'est pas conforme aux droits fondamentaux par l'application du droit étranger<sup>50</sup>.

## VI. Les Principes directeurs comme standard de référence en droit suisse en matière de diligence raisonnable à l'égard des droits de l'homme

Quel rôle les Principes directeurs, c'est-à-dire de la *soft law*, peuvent jouer dans l'analyse par un tribunal suisse de la responsabilité civile d'une entreprise pour la violation des droits de l'homme? Comme précédemment indiqué<sup>51</sup>, afin de s'acquitter de sa responsabilité en matière de respect des droits de l'homme, l'entreprise doit avoir mis en place une politique et une procédure selon sa taille et ses particularités, y compris une procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme pour identifier l'incidence de son activité sur les droits de l'homme, prévenir ces incidences et en atténuer les effets, ainsi que rendre compte de la manière dont elle y remédie<sup>52</sup>. Le processus attendu pour ce faire est décrit<sup>53</sup> par les Principes directeurs.

On rappellera brièvement que selon les art. 41 ss CO, pour retenir la responsabilité civile d'un auteur, les conditions cumulatives du préjudice, de l'acte illicite, du lien de causalité et de la faute doivent être réunies. En cas d'atteinte par une entreprise à un droit de l'homme, les trois premières conditions n'apparaissent *a priori* pas les plus délicates à démontrer; l'acte illicite pouvant être une atteinte à un droit absolu tel que la vie, l'intégrité physique, la santé ou la propriété ou, autre exemple, le fait de tenir une personne ou un groupe de personnes en esclavage. Dans de tels cas, le préjudice, que ce soit le dommage ou le tort moral, ne sera pas extrêmement difficile à prouver par la ou les personnes physiques victimes. La condition la plus débattue pourrait dès lors s'avérer être la faute.

Selon la conception traditionnelle, la faute se définit comme un manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique<sup>54</sup>. 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 circonstances<sup>55</sup>, respectivement comme une violation d'un standard de prudence<sup>56</sup> ou d'un devoir général de comportement<sup>57</sup>. Quelles que soient leurs variations, ces définitions ont en commun la notion d'un 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 appartient<sup>58</sup>.

Pour analyser la faute et déterminer la norme de comportement qui s'imposait à l'auteur, le juge peut se référer aux règles de droit public en la matière<sup>59</sup>. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, 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»<sup>60</sup>.

Or, 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»<sup>61</sup>. 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 [leur] approbation»<sup>62</sup>.

Les Nations Unies recommandent par ailleurs aux États de s'inspirer du rapport du Haut-Commissaire aux droits de l'homme<sup>63</sup> lequel prévoit qu'«en droit, la «diligence raisonnable» est une norme de précaution. Les Principes directeurs constituent la norme internationale en ce qui concerne la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme»<sup>64</sup>.

49 CR-LDIP, BUCHER, art. 17, N 39; ATF 103 Ia 199, c. 4 c); ATF 119 Ia 28, c. 2.

50 CR-LDIP, BUCHER, art. 17, N. 21 et références citées.

51 Cf. *supra* III.

52 Principe 15 let. b); cf. *supra* III.

53 Principes 17 à 21.

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

55 TF 2C\_111/2001, Arrêt du Tribunal fédéral du 7.7.2011, c. 5.1 et référence citée.

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

57 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.

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

59 WERRO, *La responsabilité civile*, 3<sup>e</sup> éd., N. 296.

60 ATF 126 III 113, c. 2b) et autres références; ATF 126 III 14, c. 1.b); ATF 131 III 115 = JdT 2005 I 279, c. 2.1).

61 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 2.5.2014, p. 3.

62 Cf. [www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Internationale\\_Arbeitsfragen/Wirtschaft\\_und\\_Menschenrechte.html](http://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Arbeit/Internationale_Arbeitsfragen/Wirtschaft_und_Menschenrechte.html) (14.11.2017).

63 ONU, A/HRC/RES/32/10, p. 3, N. 4 renvoyant à A/HRC/32/19, A/HRC/32/19/Add.1.

64 ONU, A/HRC/32/19/Add.1, N. 22.

Pour sa part, le Conseil de l'Europe attend de ses États membres 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*»<sup>65</sup>. Le Conseil de l'Europe ajoute dans son commentaire à la Recommandation CM/Rec(2016)3, d'une part, que les États membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que les violations de droits de l'homme causées par les entreprises entraînent l'engagement de la responsabilité civile de ces dernières<sup>66</sup>, d'autre part, 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*»<sup>67</sup>.

Enfin, nombre d'entreprises reconnaissent aujourd'hui également la valeur de standard de référence aux Principes directeurs. Citons par exemple le Groupe de Thoun qui réunit des banques actives à l'échelle mondiale et qui a publié une déclaration reconnaissant que les Principes directeurs «*are more than simple voluntary guidelines*» et «*set a clear, minimum standard for companies in conducting their core business*»<sup>68</sup>. Autre exemple, la Chambre de commerce chinoise des importateurs et exportateurs de métaux, minerais et produits chimiques (CCCC) a établi des directives en matière de diligence raisonnable basées sur les Principes directeurs des Nations Unies<sup>69</sup>.

Par conséquent, au vu de la reconnaissance accordée aux Principes directeurs par les institutions supranationales, les autorités fédérales suisses, et nombre d'entreprises leaders dans leur domaine d'activité, le caractère de standard généralement reconnu aux Principes directeurs en matière de diligence raisonnable à l'égard des droits de l'homme est indéniablement acquis.

## VII. L'application des Principes directeurs dans l'analyse concrète de la faute

Dans deux arrêts relativement récents, le Tribunal fédéral a analysé la commission d'une violation d'un droit de l'homme, en l'espèce l'art. 3 CEDH, sur la base d'une Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, la Recommandation Rec(2006)2 relative aux Règles pénitentiaires européennes<sup>70</sup>. S'il ne s'agit pas d'arrêts en matière de responsabilité civile, ils n'en demeurent pas moins particulièrement intéressants puisqu'ils se basent sur un texte de *soft law* pour analyser une violation d'un droit de l'homme.

Le fait de suivre les Recommandations du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, en particulier en matière de droits de l'homme, pour l'interprétation et la concrétisation du droit interne suisse est une pratique établie de longue date par le Tribunal fédéral<sup>71</sup>. En 1980 déjà, le Tribunal fédéral énonçait par exemple qu'«*[a]doptée le 19.1.1973 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, la Résolution (73) 5, fixant les règles minimales pour*

*le traitement des détenus*», se borne à recommander aux États membres de ce Conseil – dont la Suisse – de s'en tenir aux principes qu'elle énonce, afin d'en favoriser l'application dans leur législation interne et dans la pratique. Pour les États membres, cette résolution n'a donc pas un effet contraignant, de sorte qu'en principe le recours de droit public n'est pas ouvert pour la violation d'une de ces règles minimales. Toutefois, dans la définition de la liberté personnelle telle qu'elle est garantie dans le droit constitutionnel non écrit de la Confédération, il y a lieu de tenir compte de ces règles qui, au même titre que les clauses de la Convention européenne des droits de l'homme, ont leur fondement dans la conception commune que les États membres du Conseil de l'Europe se font du droit. Dans cette mesure relativement restreinte, les recourants peuvent donc – en particulier dans le cadre du contrôle abstrait des normes – aussi se référer à certaines règles minimales énoncées dans la Résolution (73) 5, même si, en réalité, celle-ci s'adresse en première ligne aux autorités politiques (législatives ou exécutives) de la Confédération et des cantons»<sup>72</sup>.

Il ressort de cette jurisprudence et des deux autres arrêts susmentionnés que non seulement l'État suisse et ses tribunaux sont invités à suivre les règles et lignes directrices d'une Recommandation du Conseil de l'Europe pour l'interprétation et la concrétisation du droit interne, mais par ailleurs les justiciables et particuliers peuvent également s'y référer devant les tribunaux si lesdites règles représentent des règles minimales ou un standard admis.

Or, comme développé précédemment, non seulement les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme constituent un standard généralement reconnu, mais le Conseil de l'Europe demande en particulier à ses États membres de rendre civilement responsable les entreprises qui auront porté atteinte aux droits de l'homme, sur la base des Principes directeurs comme standard à respecter s'agissant de la diligence attendue.

Du reste, l'analyse de *soft law*, de lignes directrices, ou de normes semi-publiques ou privées pour évaluer notamment le devoir de prudence ou de sécurité attendue est de longue date établie par le Tribunal fédéral, que ce soit en matière de responsabilité civile basée sur l'art. 41 CO<sup>73</sup>, de détenteur d'animal (56 CO)<sup>74</sup>, de responsabilité

<sup>65</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, CM/Rec(2016)3 du 2.3.2016, N. 1.

<sup>66</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, CM(2016)18 add final du 2.3.2016, N. 54.

<sup>67</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, CM(2016)18 add final du 2.3.2016, N. 54.

<sup>68</sup> THE THUN GROUP OF BANKS, *Discussion Paper for Banks on Implications of Principles 16–21*. 2013, p. 4.

<sup>69</sup> CHINA CHAMBER OF COMMERCE OF METALS, MINERALS & CHEMICALS IMPORTERS & EXPORTERS, *Chinese Due Diligence Guidelines for Responsible Mineral Supply Chains*, p. 3.

<sup>70</sup> ATF 140 I 125, c. 2 et ATF 141 I 141, c. 6.3.3.

<sup>71</sup> ATF 122 IV 344 = JdT 1998 IV 153, c. 4.c); ATF 106 Ia 277, c. 3. c); ATF 111 Ia 341, c. 3. a. 3.

<sup>72</sup> ATF 106 Ia 277, c. 3. c).

<sup>73</sup> ATF 130 III 193 = JdT 2004 I 214, c. 2.3.3.

<sup>74</sup> ATF 131 III 115 = JdT 2005 I 279, c. 2.2.3.

pour un ouvrage (58 CO)<sup>75</sup> ou en matière pénale<sup>76</sup>, pour ne citer que quelques exemples. On peut également citer en matière d'arbitrage un arrêt du Tribunal fédéral énonçant que «*les parties peuvent également se référer aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association. (...) Ces lignes directrices n'ont certes pas valeur de loi; elles n'en constituent pas moins un instrument de travail précieux, susceptible de contribuer à l'harmonisation et à l'unification des standards appliqués dans le domaine de l'arbitrage international pour le règlement des conflits d'intérêts, lequel instrument ne devrait pas manquer d'avoir une influence sur la pratique des institutions d'arbitrage et des tribunaux*»<sup>77</sup>.

Enfin, des Directives des Nations Unies récemment adoptées et basées sur les Principes directeurs<sup>78</sup> prévoient qu'en matière civile, les régimes nationaux tiennent dûment compte de mesures efficaces que les entreprises prennent pour identifier, prévenir et atténuer les incidences de leurs activités sur les droits de l'homme<sup>79</sup>. Les Directives renvoient par là directement aux Principes directeurs<sup>80</sup>. Lesdites Directives prônent en outre que les régimes nationaux de droit privé tiennent dûment compte des mesures efficaces que les entreprises prennent pour superviser leurs cadres et employés afin de prévenir et d'atténuer les graves incidences de leurs activités sur les droits de l'homme<sup>81</sup>. Il est énoncé également que les régimes nationaux utilisent à bon escient la responsabilité objective ou absolue comme moyen d'encourager un niveau plus élevé de vigilance dans le cadre des activités économiques présentant des risques particulièrement élevés de graves incidences sur les droits de l'homme<sup>82</sup>. En Suisse, une telle responsabilité objective de supervision des cadres, employés et auxiliaires – sans être absolue – peut être mise en œuvre par l'art. 55 CO.

Au vu de ce qui précède, l'application des Principes directeurs par les tribunaux suisses, s'agissant de la diligence dorénavant attendue de la part de l'entreprise à l'égard des droits de l'homme, apparaît s'imposer. Partant, l'analyse de la faute en cas d'atteinte à un tel droit de l'homme peut être effectuée, voire même devrait être effectuée, sur la base des Principes directeurs.

## VIII. Conclusion

Depuis leur adoption en 2011, les Principes directeurs des Nations Unies n'ont cessé d'étendre leur influence. Ils ont déplacé une conception précédemment éthique de la responsabilité de l'entreprise en matière de droits de l'homme sur un plan juridique. Les Principes directeurs ont acquis une reconnaissance générale et indiscutable de standard de référence s'agissant de la diligence raisonnable attendue de la part des entreprises à l'égard des droits de l'homme. À ce titre, en cas d'atteinte à un tel droit par une entreprise, la responsabilité civile de cette dernière, en particulier sa faute, devrait être analysée en droit suisse à l'aune des devoirs de diligence préconisés par les Principes directeurs. À teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, le caractère de *soft law* desdits Principes directeurs ne représente nullement un obstacle à leur application par les tribunaux suisses. Par ailleurs, le voile de la personnalité juridique distincte entre société mère et filiale ne saurait entraver l'imputation d'une responsabilité à la société mère en cas d'atteinte aux droits de l'homme par sa filiale. Enfin, au regard des évolutions législatives étrangères en matière de droits de l'homme et de diligence raisonnable des entreprises, des recommandations des institutions internationales, des nombreuses prises de position d'auteurs de doctrine et de la pratique de nombre d'entreprises leaders dans leur secteur, il apparaît opportun qu'un large débat au plan national soit entamé compte tenu de la cristallisation qui s'opère, cela afin de garantir une meilleure sécurité du droit et de codifier de manière réaliste les obligations des entreprises en matière de droits de l'homme et de diligence raisonnable à leur égard.

<sup>75</sup> ATF 91 II 201=JdT 1966 I 80, 3. a).

<sup>76</sup> ATF 122 IV 17, c. 2b/bb.

<sup>77</sup> TF 4A\_506/2007, Arrêt du Tribunal fédéral du 20. 3. 2008, c. 3. 3. 2. 2 et autres références.

<sup>78</sup> ONU, A/HRC/RES/32/10; A/HRC/32/19; A/HRC/32/19/Add.1; A/HRC/32/L.19.

<sup>79</sup> ONU A/HRC/32/19, Annexe, N. 14.1.

<sup>80</sup> ONU A/HRC/32/19, N. 6 et 8.

<sup>81</sup> ONU A/HRC/32/19, Annexe, N. 14.2.

<sup>82</sup> ONU A/HRC/32/19, Annexe, N. 14.3.