



## Mise en œuvre des droits humains en Suisse

Un état des lieux dans  
le domaine droits de  
l'homme et économie

SKMR/CSDH I.10

# Mise en œuvre des droits humains en Suisse

## Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann  
lic. iur. Jonatan Niedrig  
MLaw Judith Wehri  
Laura Marschner  
Dr. iur. Christoph Good

Cette étude exprime l'avis des auteurs et n'engage que le Centre suisse de compétence pour les droits humains.

Traduction : Véronique Coiffet  
La version originale en allemand fait foi.



**Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)**  
**Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)**  
**Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)**  
**Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)**

Schriftenreihe SKMR  
Collection CSDH

Editions Weblaw, Bern(e) 2013

ISBN 978-3-906029-87-0

© Editions Weblaw, Bern(e) 2013

Alle Rechte sind dem Verlag Editions Weblaw vorbehalten, auch die des Nachdrucks von Auszügen oder einzelnen Beiträgen. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Dies gilt insb. für Vervielfältigung, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Tous les droits sont réservés aux Editions Weblaw y compris la réimpression d'extraits ou de contributions isolées. Toute utilisation sans l'accord de l'éditeur est interdite en particulier la reproduction, la traduction, le microfilmage, l'enregistrement et le traitement informatique.

## AVANT-PROPOS

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* constitue un état des lieux en six tomes réalisé par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) sur la mise en œuvre des recommandations et des décisions des organes internationaux concernant la Suisse. Les différents tomes de l'étude traitent des domaines de la migration, de la privation de liberté, de la police et de la justice, de la politique en matière de genre, de la politique de l'enfance et de la jeunesse, des questions institutionnelles ainsi que des droits humains et de l'économie.

L'étude prend en considération les obligations qui découlent de la ratification par la Suisse des traités des droits humains des Nations-unies ou du Conseil de l'Europe, les recommandations des organes de surveillance ainsi que celles issues de l'Examen périodique universel (EPU) et les décisions juridiques prononcées contre la Suisse dans le cadre de cas individuels. Pour l'élaboration de chaque tome, les recommandations et décisions ont été rassemblées et évaluées du point de vue de leur contenu substantiel. Les enjeux centraux pour chaque domaine thématique ont ensuite été définis. À l'exception du tome sur les droits humains et l'économie, les analyses se limitent aux thématiques abordées par les organes internationaux des droits humains. Ceci implique que d'autres domaines problématiques en matière de mise en œuvre des droits humains qui mériteraient attention ne sont pas traités ici. En revanche, l'étude prend en compte les résultats issus de consultations menées avec certaines autorités, avec des organisations non gouvernementales ainsi qu'avec d'autres acteurs importants. C'est sur cette base que l'étude propose un examen de l'état actuel des mises en œuvre des obligations et des recommandations en Suisse, met en lumière les difficultés que peuvent comporter ces mises en œuvre et détermine les mesures nécessaires à prendre.

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* constitue un état de la situation actuelle. Le présent tome sur le domaine droits humains et économie prend en considération les recommandations et les évolutions qui ont eu lieu jusqu'en juillet 2013. Les études du CSDH ainsi que les informations sur ses autres activités sont accessibles sur le site internet [www.csdh.ch](http://www.csdh.ch).

Le CSDH est un réseau constitué par les Universités de Berne, Fribourg, Neuchâtel et Zurich ainsi que par l'Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB), le Centre pour la formation en droits humains (ZMRB) de la Haute école pédagogique de Lucerne (PHZ) et l'association [humanrights.ch/MERS](http://humanrights.ch/MERS). Le CSDH est un projet pilote sur cinq ans institué par le Conseil fédéral avec le mandat de renforcer les compétences nécessaires à la mise en œuvre des normes internationales obligatoires en matière de droits humains de la Suisse à tous les niveaux de l'appareil étatique, au sein de la société civile et dans l'économie ainsi que d'encourager le débat public sur les droits humains. À cet effet, le CSDH se charge tout particulièrement de la réalisation d'analyses sous forme d'expertises et d'études. Il organise également des colloques et des formations continues et fournit un travail d'information. Le Centre ne traite pas de cas individuels.

Dans le cadre d'un contrat de prestations annuel, le CSDH est financé par un montant de base alloué par le Département fédéral des affaires étrangères (DFAE) et le Département fédéral de justice et police (DFJP). De plus, le CSDH est soutenu par les ressources des institutions qui le constituent. Les autorités publiques, les organisations non-gouvernementales

et le secteur de l'économie privée y contribuent également au gré des mandats qu'ils lui confient. À l'issue de la phase pilote en 2015, le Conseil fédéral sera amené à décider de l'avenir du CSDH et à évaluer si le Centre doit être transformé en une institution des droits humains indépendante.

L'étude *Mise en œuvre des droits humains en Suisse* découle d'une initiative du CSDH. Sa publication a été financée par les partenaires du réseau.

## TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos.....	III
Table des abréviations.....	VIII
Introduction.....	1
I. Point de départ et objectif de l'étude .....	1
II. Spécificités du domaine thématique Droits humains et économie.....	1
1. Spécificités structurelles .....	1
2. Le défi de la cohérence .....	2
III. Le cadre du droit international public .....	2
1. Etendue des obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme.....	3
2. Evolutions jusqu'en 2005 .....	3
3. Le cadre « Protéger, respecter, réparer » .....	5
4. Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.....	6
4.1. Obligation incombant aux États ( <i>state duty to protect</i> ) .....	6
4.1.1. Extraterritorialité (principe directeur 2) .....	6
4.1.2. Activités des entreprises dans des zones touchées par des conflits (principe directeur 7) .....	7
4.1.3. Cohérence (principes directeurs 8 à 10) .....	7
4.2. Responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme.....	7
4.3. Accès à des voies de recours et de réparation.....	7
5. Importance du Cadre et des principes directeurs .....	8
IV. Droit national.....	8
V. Approche.....	8
1. Une étude qui constitue le premier volet d'un triptyque .....	8
2. Méthodologie.....	9
Obligation de protection incombant aux états dans le domaine de l'économie et des droits de l'homme .....	11
I. Concept et signification de l'obligation de protéger incombant aux États.....	11
II. Ancrage international de l'obligation de protéger incombant à l'État .....	12
1. Spécificités du droit international public pour les acteurs .....	12
2. Fondements de l'obligation de protéger en droit international public.....	13
3. Concrétisation par des directives et réglementations cadres .....	15
3.1. Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.....	15
3.2. Mise à jour des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales .....	15
3.3. Nouvelles stratégies au sein de l'UE .....	17
3.4. Conseil de l'Europe .....	18
3.5. Résultat et analyse .....	19
III. Application de l'obligation de protéger incombant à l'État suisse .....	20
1. Cadre constitutionnel.....	20
1.1. Principe fondamental.....	20
1.2. L'obligation de protéger en vertu de l'art. 35, al. 3 Cst. ....	20
1.3. Liberté économique .....	21
2. Application de l'obligation de protéger au niveau des lois .....	22
2.1. Remarques préliminaires.....	22
2.2. Dispositions civiles générales .....	22

2.2.1.	Obligations incombant aux entreprises elles-mêmes .....	22
2.2.2.	Responsabilité des directions d'entreprises .....	23
2.2.3.	Directives générales concernant les droits de l'homme au sein d'une entreprise .....	23
2.2.4.	Obligations de présentation des comptes .....	24
2.2.5.	Fondements possibles pour établir une responsabilité.....	25
2.3.	Projet de loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP).....	26
2.4.	Passation de marchés publics.....	27
2.5.	Dispositions concernant le droit de la concurrence .....	28
2.5.1.	Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) .....	28
2.5.2.	Dispositions de la législation anti-trust .....	28
2.6.	Dispositions pénales.....	30
IV.	Autres options pour faire appliquer la <i>state duty to protect</i> en Suisse .....	31
	Mécanismes de recours en cas d'atteintes aux droits de l'homme.....	34
I.	Droits de l'homme et réparation .....	34
II.	Cadre international.....	35
1.	Obligations fixées par le droit international public.....	35
2.	Accès aux recours et réparations ( <i>access to remedy</i> ) d'après les principes directeurs de l'ONU .....	35
3.	Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.....	36
III.	Application au niveau national.....	37
1.	Modes de recours judiciaire .....	37
1.1.	Dispositions constitutionnelles .....	37
1.2.	Voies de recours administratives .....	38
1.2.1.	Entreprises remplissant des charges publiques .....	38
1.2.2.	Procédure.....	39
1.2.3.	Les droits de l'homme sont-ils contraignants pour les entreprises? .....	39
1.3.	Mécanismes de recours au pénal.....	41
1.3.1.	Responsabilité pénale de l'entreprise.....	41
1.3.2.	Procédure.....	42
1.4.	Mécanismes de recours au civil .....	43
1.4.1.	Responsabilité de l'entreprise en droit civil.....	43
1.4.2.	Procédure.....	44
1.4.3.	Coûts .....	45
1.4.4.	Administration des preuves .....	45
1.4.5.	Actions collectives et actions intentées par des associations.....	46
1.5.	Droit de la concurrence .....	48
1.6.	Faits en rapport avec l'étranger.....	48
1.6.1.	Étendue de l'obligation de protéger incombant à l'État .....	48
1.6.2.	Dispositions internationales.....	50
1.6.3.	Situation juridique concernant les activités des entreprises à l'étranger.....	54
1.6.4.	Situation juridique concernant les filiales étrangères des sociétés.....	58
1.6.5.	Evolutions en Suisse et à l'étranger.....	60
1.7.	Conclusion.....	63
2.	Voies de recours non judiciaires .....	64
2.1.	Critères .....	64
2.2.	Points de contact nationaux de l'OCDE .....	65
2.2.1.	Consignes à respecter .....	65
2.2.2.	PCN en Suisse.....	65
2.2.3.	Comparaison internationale.....	67
2.2.4.	Défis et potentiels des PCN.....	69

2.3. Voies de recours non étatiques.....	69
2.4. Conclusion.....	71
Marché du travail : secteurs sensibles aux Droits de l'homme .....	72
I. Introduction .....	72
1. Droits de l'homme et marché du travail .....	72
2. Intégration dans le concept du Rapporteur spécial des Nations unies sur l'économie et les droits de l'Homme .....	73
II. Dispositions internationales et leur application normative en Suisse .....	74
1. Niveau international et niveau régional .....	74
1.1. Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ONU I) .....	74
1.2. Pacte international sur les droits civils et politiques (pacte ONU II) .....	75
1.3. Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale (ICERD) .....	75
1.4. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF).....	75
1.5. Organisation internationale du travail (OIT) .....	76
1.6. Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) .....	76
1.7. Soft Law / Droit flou .....	77
2. Aperçu de la réglementation nationale suisse .....	77
2.1. Conditions cadres s'appliquant aux acteurs des droits de l'homme sur le marché du travail ( <i>state duty to protect</i> ) .....	77
2.2. Conditions cadres pour les employeurs du secteur privé ( <i>corporate responsibility to respect</i> ).....	78
2.3. Importance des initiatives privées .....	79
3. Recommandations des organes de contrôle internationaux .....	81
3.1. Comité des droits économiques, sociaux et culturels.....	81
3.2. Recommandations du CDH dans le cadre de l' <i>Examen périodique universel (EPU)</i> .....	82
3.3. Autres recommandations.....	83
4. Mesures induites en Suisse par les recommandations émises .....	83
4.1. Mesures mises en place .....	83
4.2. Mesures annoncées.....	84
III. Problèmes subsistants et options possibles.....	86
1. Problèmes subsistants.....	86
1.1. Dans la promotion de l'intégration.....	86
1.2. Dans le contexte de la discrimination .....	86
1.3. En cas de congé pour activité syndicale .....	87
2. Options possibles.....	88
2.1. Options possibles pour soutenir globalement l'intégration .....	88
2.2. Options possibles pour résorber les discriminations.....	89
IV. Cohérence des recommandations internationales .....	91
V. Bilan et perspectives.....	91
Bibliographie .....	93
Annexe I : Liste des textes et documentations utilisés .....	95
Annexe II : Décisions de justice .....	103

## TABLE DES ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
AG	Assemblée générale (des Nations Unies)
al.	alinéa
ann.	annotation
art.	article
ATD	Agenda de l'OIT pour le travail décent
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATS	Alien Tort Statute (loi américaine de 1789 réglementant les droits des citoyens étrangers devant la justice des États-Unis)
BIT	Bureau international du Travail
BSK	Basler Kommentar
BVerfG	Cour constitutionnelle fédérale allemande
CC	Code civil du 10 décembre 1907, RS 210
CDDH	Comité directeur pour les droits de l'homme (Conseil de l'Europe)
CDE	Comité des droits de l'enfant
CDH (la)	Commission des droits de l'homme
CDH (le)	Conseil des droits de l'homme des Nations unies (Droits de l'homme Council)
CDI	Commission du droit international
CDPH	Convention des Nations unies relative aux droits des personnes handicapées
CEDEF	Convention des Nations Unies du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, RS 0.108
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDH (aussi)	Convention européenne des droits de l'homme (Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), RS 0.101
CERD	Comité pour l'élimination de la discrimination raciale
CESCR	<i>Comité des droits économiques, sociaux et culturels</i>
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CFB	Commission fédérale des banques
CFE	Commission fédérale des étrangers
CFF	Chemins de fer fédéraux

---

CFM	Commission fédérale pour les questions de migration
CFR	Commission fédérale contre le racisme
chap.	chapitre
CIJ	Cour de justice internationale
CL	Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dite Convention de Lugano), RS 0.275.12
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
COMCO	Commission de la concurrence
consid.	considérant (d'un arrêt de justice)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
DFF	Département fédéral des finances
DFJP	Département fédéral de justice et police
droits ESC	Droits (humains) économiques, sociaux et culturels
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (European Commission against Racism and Intolerance)
éd.	édition / éditeur
EPU	Examen périodique universel (du Conseil des droits de l'homme de l'ONU)
et al.	et alia, entre autres
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
GRUR	Zeitschrift Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
i. al.	inter alia, entre autres
ICAT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ( <i>International Convention Against Torture</i> ), RS 0.105
ICERD	Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, RS 0.104
ICoC	Code de conduite international des entreprises de sécurité privées

IFC	International finance corporation
LACI	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage), RS 837.0
LB	Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargnes (Loi sur les banques), RS 952.0
LBVM	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (Loi sur les bourses), RS 954.1
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, RS 251
LCD	Loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, RS 241
LDet	Loi du 8 octobre 1999 sur les travailleurs détachés, RS 823.20
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291
Leg	Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité), RS 151.1
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers, RS 142.20
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (nouvelle appellation proposée par l'AF pour la LEtr dans son projet 2013)
LF	Loi fédérale
LFP	Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle, RS 412.10
LMP	Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics, RS 172.056.1
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance, RS 32.11
LPO	Loi du 30 avril 1997 sur la poste, RS 783.0
LRCF	Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, RS 170.32
LRFP	Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits, RS 221.112.944
LTAF	Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral, RS 173.32
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.110
LTr	Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail), RS 822.11
N° / n°	Numéro

OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OCDE	Organisation pour la coopération économique et le développement
ODM	Office fédéral des migrations
ODPR	Ordonnance sur les domestiques privés, RS 192.126
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFPER	Office fédéral du personnel
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RS 172.056.11).
ONU	Organisation des Nations Unies (Nations Unies)
OPCN-OCDE	Ordonnance du 1er mai 2013 sur l'organisation du Point de contact national pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et sur sa commission consultative, RS 946.15
p.	page
p. ex.	par exemple
PA	Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021
Pacte ONU I	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, RS 0.103.1
Pacte ONU II	Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2
PCN	Point de contact national
PME	petites et moyennes entreprises
RC	Règlement de cotation SIX Swiss Exchange
RDS	Revue de droit suisse
RLAhP	Directive SIX du 29 octobre 2008 sur la publicité ad hoc
RS	Recueil systématique du droit suisse
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises
RSSG	Représentant(e) spécial(e) du Secrétaire général des Nations Unies
SA	Société par actions
SECO	Secrétariat d'État à l'économie

SFM	Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population
SIX	Swiss Exchange
SLR	Service de lutte contre le racisme
ss	pages / articles suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral
Th. doc.	Thèse de doctorat
Th. habil.	Thèse d'habilitation
UE	Union européenne
USS	Union syndicale suisse
UVS	Union des villes suisses
VgT	Verein gegen Tierfabriken (Association contre les fabriques d'animaux)

# INTRODUCTION

## I. POINT DE DÉPART ET OBJECTIF DE L'ÉTUDE

[1] S'inscrivant dans le cadre d'une série de bilans réalisés par le Centre suisse de compétence pour les droits humains pour chacun de ses domaines thématiques, la présente étude se penche sur les fondements juridiques qui permettent d'appliquer les droits de l'homme dans les activités économiques.<sup>1</sup>

[2] L'intérêt principal portera sur les devoirs *de l'État* dans le domaine Economie et Droits de l'homme, et particulièrement sur les devoirs de protection qui échoient à l'État (chap. II), sur les mécanismes de recours qui peuvent être activés en cas d'ingérences dans ce domaine (chap. III) et, pour des raisons de pertinence pratique, sur les secteurs du marché du travail sensibles aux droits de l'homme (chap. IV). Dans l'ensemble, il s'agit de dresser un bilan (*mapping*) du statu quo juridique actuel afin de contribuer à lancer une discussion approfondie dans ce domaine difficile à cerner.<sup>2</sup> On s'appuiera à cet effet sur une approche qui est également celle du groupe de travail des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.<sup>3</sup>

## II. SPÉCIFICITÉS DU DOMAINE THÉMATIQUE DROITS DE L'HOMME ET ÉCONOMIE

### 1. Spécificités structurelles

[3] Le domaine thématique Droits de l'homme et économie se distingue par trois spécificités essentielles en ce qui concerne les acteurs, le rapport territorial et la complexité des règles applicables :

- En règle générale, les entreprises sont des acteurs *privés* alors que les droits de l'homme relèvent de revendications qui s'adressent avant tout aux États. Cependant, avec les progrès de la mondialisation et des interdépendances internationales qui se nouent dans le secteur économique, les entreprises ont une incidence de plus en plus sensible sur la société et les conditions de vie des individus. Or les outils du droit international public ne sont plus entièrement adaptés à cette situation, puisque par principe, ils ne reconnaissent pas les entreprises privées comme des sujets du droit international public.
- Par définition, les marchés internationaux ne s'arrêtent pas aux frontières des États. A l'heure actuelle, libéralisation commerciale et nouvelles technologies aidant, la production de bien et de services est devenue un phénomène *transfrontalier*. Chaque élément est produit dans l'endroit qui offre les meilleures conditions, ce qui signifie que le produit fini

---

<sup>1</sup> Les recherches de la présente étude ont été entamées en 2011 et ne s'inscrivent pas dans le cadre de la campagne « Droits sans frontières ». Pour plus d'informations sur cette initiative, voir <<http://www.droitsansfrontieres.ch/fr/>> (consulté le 23 juin 2013).

<sup>2</sup> Voir aussi : CHRISTINE KAUFMANN, Introduction : Situating the Debate, in : Kaufmann/Cohen/Tan/Lim, p. 1-7.

<sup>3</sup> Pour plus de détails sur ce groupe de travail des Nations unies (sur la question des droits de l'homme et des corporations internationales et autres entreprises), voir <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/BusinessIndex.aspx>> (consulté le 23 juin 2013).

résulte d'une longue chaîne de production dont la totalité ne tombe pas aisément sous le pouvoir de régulation d'un seul et même pays.

- Principalement marqué par l'action des acteurs privés (entreprises et société civile), le domaine Economie et Droits de l'homme est donc dominé par un système normatif qui relève peu de véritables obligations juridiques, et foisonne au contraire de réglementations *non contraignantes* établies par les entreprises elles-mêmes, les organisations de la société civile ou les organisations internationales. Sur ces textes viennent se greffer des *règlementations nationales obligatoires* qui peuvent varier fortement d'un pays à l'autre. Ainsi, lorsqu'une entreprise, une ONG ou une institution publique se penche sur le sujet Economie et Droits de l'homme, elle se trouve face à un opaque et complexe réseau de normes dont le caractère contraignant varie au même titre que le domaine d'application.

## 2. Le défi de la cohérence

[4] Dans le domaine qui nous occupe, la cohérence joue un rôle crucial à plusieurs égards. L'art. 5 Cst. établit un lien entre les actions de l'État et le droit. Il en résulte que les autorités de l'État suisse sont tenues d'appliquer de manière cohérente les normes juridiques valables en Suisse. Ainsi, en ce qui concerne particulièrement la politique extérieure, sont applicables l'art. 54 Cst. et l'obligation qui en découle. Mais pour le domaine de l'économie et des droits de l'homme, ce principe apparemment très simple n'est pas si facile à mettre en œuvre. Tout d'abord parce que ce domaine tombe sous la responsabilité d'administrations et départements divers (cohérence horizontale), et ensuite parce que la structure fédérale de la Suisse exige une coordination entre les différentes administrations, par exemple en ce qui concerne l'approvisionnement public (cohérence verticale).

[5] On retrouve des défis du même ordre chez les entreprises, qui confient souvent la thématique des droits de l'homme à un service spécifique de leur encadrement (p. ex. un service de RSE – responsabilité sociale de l'entreprise) alors que les activités opérationnelles qui forment le cœur de l'entreprise sont présentes et sensibles à tous les niveaux. Une fois décodés de certains principes relevant des droits de l'homme, il peut se révéler ardu de les faire appliquer à tous les niveaux de l'entreprise (cohérence horizontale). D'autant plus que les ramifications internationales et les spécialisations croissantes qui caractérisent l'action économique impliquent souvent des sous-traitants qui devraient respecter ces mêmes principes (cohérence verticale).

## III. LE CADRE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

[6] Les particularités que nous venons d'esquisser pour notre domaine se reflètent dans le cadre juridique. Il n'est pas possible, dans le cadre imparti à cette étude, de présenter toutes les normes juridiques qui s'appliquent au domaine Economie et droits de l'homme ; nous nous restreindrons donc aux principaux textes importants pour la Suisse. Outre les réglementations émanant du Conseil de l'Europe, qui seront détaillées au chap. II, il convient de se pencher particulièrement sur les obligations qui échoient à la Suisse dans le cadre des Nations Unies. Celles-ci étant évoquées dans tous les chapitres de la présente étude, nous en dresserons ici un bref tableau.

## 1. Etendue des obligations de la Suisse en matière de droits de l'homme

[7] Puisque le droit international public ne s'intéresse aucunement aux entreprises en tant que sujets de ses obligations, toute « recherche » de normes relevant du droit international public doit commencer par l'État dans le domaine qui nous intéresse. Comme beaucoup d'autres États, c'est surtout au sein de l'ONU, de l'OIT et du Conseil de l'Europe que la Suisse a contracté ses nombreuses obligations dans le domaine des droits de l'homme.<sup>4</sup>

[8] Ces obligations se répartissent sur trois niveaux<sup>5</sup> :

- L'obligation de *respecter* les droits de l'homme (*duty to respect*).<sup>6</sup> Celle-ci interdit aux États d'intervenir dans les droits garantis ; les obligeant à « ne rien faire », elle est souvent décrite comme une obligation négative. Notons cependant que divers droits de l'homme peuvent subir des restrictions, si la loi le permet et si l'intervention restrictive a pour but de garantir l'intérêt public ou la protection des droits d'un tiers, toutes proportions gardées.
- Le deuxième niveau, l'obligation de *protéger* (*duty to protect*) oblige l'État à prendre activement des mesures pour protéger les droits de l'homme.<sup>7</sup> Il est crucial, dans ce domaine, de veiller à ce que les citoyens ne se voient pas lésés par des tiers dans leurs droits de l'homme. Par des tiers, à savoir également d'autres citoyens. Ainsi, il ne suffira p. ex. pas que l'État pare aux violations perpétrées par le personnel judiciaire sur les personnes détenues ; il faudra en plus qu'il garantisse que les personnes détenues ne se lèsent pas entre elles.<sup>8</sup> Mais ces « tiers » peuvent également être non pas uniquement des individus privés, mais bien des entreprises. Ainsi, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a établi que le gouvernement australien devait prendre des mesures efficaces pour prévenir les violations des droits de l'enfant par les entreprises minières australiennes.<sup>9</sup>
- Enfin, les États sont tenus de *garantir l'exécution* des droits de l'homme dans le cadre des obligations qu'ils sont contractées (*duty to fulfill*).<sup>10</sup> Concrètement, cela implique que les États doivent créer le cadre juridique, institutionnel et procédural nécessaire pour permettre la mise en œuvre des droits de l'homme sur leur territoire.

[9] Les conventions classiques de l'ONU et du Conseil de l'Europe ne contiennent aucune disposition spécifiquement susceptible d'engager les entreprises. Cet état de fait a suscité les premières critiques internationales dès les années 1970, suite à la participation active de groupes industriels américains à la chute du régime Allende au Chili.<sup>11</sup>

## 2. Evolutions jusqu'en 2005

[10] Ayant pris conscience du déséquilibre qui se creuse entre la forte incidence politique des entreprises, et particulièrement des grands groupes internationaux, et leur absence

<sup>4</sup> Pour une liste actuelle des traités ratifiés par la Suisse, voir <<http://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=3>> (consulté le 27 mai 2013).

<sup>5</sup> CDH, Commentaire général n° 31 (2004).

<sup>6</sup> KÄLIN/KÜNZLI, p. 113-118.

<sup>7</sup> KÄLIN/KÜNZLI, p. 118-127.

<sup>8</sup> CEDH, Paul and Audrey Edwards c. Royaume Uni, 46477/99 (2002).

<sup>9</sup> CDE, Observations finales Australie 2012, § 27.

<sup>10</sup> KÄLIN/KÜNZLI, p. 127-128.

<sup>11</sup> KAUFMANN, p. 747.

d'obligation (contrairement aux États), les acteurs de la communauté internationale ont voulu y apporter certains correctifs réglementaires. Pendant une trentaine d'année, l'ONU a tenté de dresser un code de conduite juridiquement contraignant pour les entreprises transnationales. Mais l'idée que les entreprises puissent devenir des sujets de droits et d'obligations relevant du droit international public ne fait pas l'unanimité.

[11] Soucieux d'empêcher un glissement de compétences qui écarterait ce sujet (responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme) de la sphère de compétence des Nations Unies au profit d'autres organisations internationales, le Secrétaire général de l'époque, Kofi Annan, lança en 1999 le *Pacte Mondial*<sup>12</sup>. Cet instrument, reposant exclusivement sur l'engagement volontaire des parties, a pu être signé par de nombreuses sociétés. Cependant, ne prévoyant aucun mécanisme de contrôle, il est aussi en butte à la critique des organisations non-gouvernementales, qui le considèrent comme trop peu pertinent. Aussi l'ONU a-t-elle lancé une seconde tentative en 2003, sur la base des principes existants et généralement acceptés du droit international public : dans cette nouvelle approche, ce sont les États qui sont tenus pour responsables du respect des droits de l'homme ; c'est donc à eux qu'échoit la mission de faire assurer ce respect au niveau national par les entreprises.

[12] Cette réflexion s'est achevée par la rédaction des *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises*, soumises en 2003 par une sous-commission de la Commission des droits de l'homme qui existait encore à l'époque.<sup>13</sup> Ces normes devaient jeter les bases d'une réglementation ultérieure, laquelle visait à forcer les États à cerner concrètement les obligations auxquelles ils devaient soumettre les entreprises en droit interne. A la base, il était donc question d'obliger les États, par le biais d'un instrument relevant du droit public international, à créer des règles obligatoires au niveau national qui permettent de veiller au respect des droits de l'homme par les entreprises. Ces normes provisoires proposées par la sous-commission s'étendaient à un domaine d'application très vaste : toutes les entreprises devaient être forcées à respecter pratiquement tous les droits de l'homme qui s'inscrivaient dans leur sphère d'influence.<sup>14</sup> Cependant, alors que ce concept rencontra un écho très positif du côté des ONG, il se heurta au contraire à une résistance massive, du côté des entreprises, et surtout de la part des grandes fédérations économiques internationales. Le résultat de cette situation était le blocage du concept auprès de la Commission des droits de l'homme.<sup>15</sup>

[13] Pour sortir de cette impasse, le Secrétaire général des Nations unies a nommé en 2005 un Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales.<sup>16</sup> John Ruggie, professeur à l'Université de Harvard et anciennement Secrétaire général assistant pour la planification stratégique, avait travaillé activement à l'élaboration du *Pacte Mondial*. Dès le début de son mandat, il a tenu à préciser qu'il ne tenterait pas de

---

<sup>12</sup> Sur la naissance du Pacte Mondial, voir <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>> (consulté le 23 juillet 2013).

<sup>13</sup> CDH, Normes sur la responsabilité 2003, <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/fa319e648a7b3389c1256d5900459385> (consulté le 23 juillet 2013).

<sup>14</sup> CDH, Normes sur la responsabilité 2003, § 1 : « Dans leurs domaines d'activité et leurs sphères d'influence propres, les sociétés transnationales et autres entreprises sont elles aussi tenues de promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'homme reconnus tant en droit international qu'en droit interne. »

<sup>15</sup> La CDH établit simplement que « la proposition de texte n'a pas été requise par la Commission et n'a donc, en tant que simple proposition, pas de valeur juridique. » CDH, Rapport 2004, p. 346.

<sup>16</sup> CDH, Mandat RSSG 2005. Voir aussi KAUFMANN, p. 747-750.

rééditer les Normes provisoires, auxquelles il reprochait une certaine exagération et un certain irréalisme dans l'aspect juridiquement contraignant. Il préféra privilégier une approche de « pragmatisme basé sur les principes », pour reprendre ses propres termes (*principled pragmatism*).<sup>17</sup> Souhaitant partir des obligations qui échouent déjà aux États, il cherchait à y ajouter le fait que nombre d'entreprises prennent déjà en compte les droits de l'homme dans leurs activités, ou du moins ne s'opposeraient pas à le faire. Le pragmatisme de son approche consisterait donc à ne pas se focaliser sur la contrainte à appliquer pour réaliser les exigences posées, mais sur le résultat espéré, à savoir une meilleure garantie des droits de l'homme dans le cadre d'activités économiques. Dans cette visée privilégiant plutôt le résultat que les moyens, il convenait de chercher à mieux protéger les victimes, que ce soit par des procédures judiciaires ou extrajudiciaires.

### 3. Le cadre « Protéger, respecter, réparer »

[14] Premier fruit des travaux du Représentant spécial, le Cadre « Protéger, respecter, réparer » adopté à l'unanimité par le Conseil des Droits de l'homme en 2008<sup>18</sup> s'appuie sur trois piliers :

[15] Le premier pilier – *state duty to protect* (obligation de protéger incombant à l'État) – concerne l'État. Il repose sur le devoir existant et accepté par l'État, formulé par le droit international public, de prévenir les violations des droits de l'homme par des tiers, y compris des entreprises. Ceci implique entre autre que les États doivent contribuer à entretenir une culture d'entreprise dans laquelle le respect des droits de l'homme fasse partie intégrante des activités opérationnelles des sociétés.<sup>19</sup> Dans leur domaine de compétence propre, les États sont tenus de veiller, entre autres, à la cohérence des différentes politiques<sup>20</sup> tant verticalement qu'horizontalement – et ce, tant à l'échelon national qu'international.<sup>21</sup>

[16] Le deuxième pilier – *corporate responsibility to respect* (obligation de respecter incombant aux entreprises) – s'adresse aux entreprises. Celles-ci, dans leur engagement à respecter les droits de l'homme dans le cadre de leurs activités, doivent veiller à trois aspects : une gestion soigneuse et respectueuse des droits appelée obligation de diligence raisonnable (*due diligence*)<sup>22</sup>, une politique propre à l'entreprise en ce qui concerne les droits de l'homme<sup>23</sup> et une évaluation précise permettant de comprendre quelles activités de l'entreprises ont une incidence sur quels droits de l'homme, autrement dit une étude d'impact (*impact assessment*).<sup>24</sup> Toutes ces mesures doivent viser à ancrer les droits de l'homme au cœur de l'activité de l'entreprise et permettre un suivi de leur respect ainsi que d'autres directives internes de l'entreprise.<sup>25</sup>

---

<sup>17</sup> Cf. CDH, Rapport intérimaire du RSSG 2006, § 81.

<sup>18</sup> CDH, Cadre Ruggie 2008.

<sup>19</sup> Ibid., § 29-32.

<sup>20</sup> Le cadre parle d'*adéquation des politiques (policy alignment)*, ibid., 33-42.

<sup>21</sup> Ibid., § 43-47.

<sup>22</sup> Ibid., § 56-59.

<sup>23</sup> Ibid., § 60.

<sup>24</sup> Ibid., § 61.

<sup>25</sup> Ibid., § 62-63.

[17] Le troisième pilier, baptisé « accès à des voies de recours » – *access to remedy* – concerne l'accès à des mécanismes de règlement des litiges et de réparation des dolis. Il incombe à l'État comme aux entreprises de proposer aux victimes, en cas de violation de droits de l'homme, d'efficaces moyens de recours et de réparation. Là aussi, ce n'est pas la nature juridique du mécanisme qui doit compter, mais son but final ; l'objectif est d'aider les victimes, que ce soit dans le cadre d'une procédure judiciaire ou non judiciaire.<sup>26</sup>

[18] Après avoir adopté ce cadre, le Conseil des droits de l'homme a également prolongé le mandat de John Ruggie en le chargeant de concrétiser ses propositions.<sup>27</sup>

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

[19] Trois ans après l'adoption du Cadre, le Conseil des Nations Unies pour les Droits de l'Homme a également adopté les *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme* (Principes directeurs ONU).<sup>28</sup> Au nombre de 31, ces principes sont axés sur les trois piliers du Cadre et les concrétisent, chacun d'entre eux étant complété par un commentaire. En tant que tels, ces principes directeurs ne sont pas contraignants, mais ils ne s'en réfèrent pas moins quelquefois au droit existant, particulièrement dans le chapitre sur les obligations incombant aux États (*duty to protect*). Dans ce qui suit, nous brosserons un bref tableau des principaux aspects et des points régulièrement abordés pour chacun des piliers.

##### 4.1. Obligation incombant aux États (*state duty to protect*)

[20] Les principes 1 à 10 concrétisent un devoir généralement fait aux États de garantir les droits de l'homme, à savoir le devoir de veiller au respect des droits de l'homme dans le domaine économique. Il convient d'en souligner principalement les éléments suivants :

##### 4.1.1. Extraterritorialité (principe directeur 2)

[21] Le commentaire du deuxième principe directeur résume le débat qui tourne actuellement autour de l'obligation des États de veiller à ce que leurs entreprises nationales respectent les droits de l'homme à l'extérieur de leur territoire. Il est actuellement reconnu que les États doivent au minimum, au nom de leurs obligations en droit international public, *communiquer* clairement aux entreprises sises sur leur territoire qu'ils *attendent* d'elles qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités opérationnelles. Moins que sur l'existence de ce devoir étatique, c'est bien plutôt sur les moyens de sa mise en œuvre que porte actuellement le débat. Car les principes directeurs laissent chaque État libre de décider s'il va, au-delà de cette simple *communication*, édicter des règles susceptibles de forcer les entreprises à assumer leurs responsabilités.

---

<sup>26</sup> Ibid., § 82-103.

<sup>27</sup> CDH, Mandat Ruggie 2008.

<sup>28</sup> CDH, Principes directeurs ONU 2011.

#### 4.1.2. Activités des entreprises dans des zones touchées par des conflits (principe directeur 7)

[22] Les activités économiques en zone de conflit constituent un défi particulier. Le septième principe est un appel lancé à l'adresse des États, afin de leur rappeler leurs responsabilités particulières dans ces situations et pour les inviter à assister les entreprises le plus tôt possible dans l'évaluation des risques de violations. Il s'agit ici de définir une obligation de soutien et d'information incombant à l'État, qui doit proposer son appui aux entreprises dans ce domaine. D'une part, si une entreprise impliquée dans de sévères violations se refuse à y remédier, elle devrait se voir refuser l'accès au soutien public. D'autre part, les États sont invités à dresser des réglementations efficaces afin d'empêcher les entreprises de commettre des violations des droits de l'homme en zones de conflit.

#### 4.1.3. Cohérence (principes directeurs 8 à 10)

[23] La cohérence est l'un des thèmes essentiels du *Cadre de 2008*. Elle implique que les États doivent d'abord garantir, au niveau national interne, à tous les échelons de l'administration publique, que leurs institutions contribuent à faire appliquer les droits de l'homme dans le domaine économique (principe 8). Dans leur interaction économique avec d'autres États, ils doivent également conserver une marge d'action nationale suffisante pour satisfaire aux droits de l'homme (principe 9). Ceci vaut par exemple dans le domaine des traités d'investissement. Enfin, les États doivent aborder le sujet des droits de l'homme dans les organismes internationaux qui traitent de questions à caractère commercial, et s'investir particulièrement pour que les activités de ces institutions multilatérales ne fassent pas obstacle aux droits de l'homme (principe 10). En résumé, il s'agit ici de faire entrer ces principes dans les mentalités générales qui gouvernent les activités des organisations économiques.<sup>29</sup>

#### 4.2. Responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme

[24] Les principes directeurs 11 à 24 concrétisent la responsabilité qui échoit aux entreprises en matière de respect des droits de l'homme. Les aspects les plus importants relèvent de l'opérationnalisation, et touchent en particulier à la gestion soigneuse des affaires (*diligence raisonnable*). Notre étude se focalisant surtout sur les obligations étatiques, nous n'entrerons pas dans les détails de ce sujet.

#### 4.3. Accès à des voies de recours et de réparation

[25] Les principes directeurs 25 à 31 distinguent entre les mécanismes de nature étatique (principes 26 et 27) et les mécanismes non étatiques (principes 28 à 30) ainsi qu'entre les procédures judiciaires et non judiciaires. Ainsi, le principe 31 dresse la liste des critères qui caractérisent les mécanismes non judiciaires efficaces. Ce qui est nouveau ici, c'est que les mécanismes non judiciaires sont placés au même niveau, pour les États, que les mécanismes judiciaires. La perspective qui guide cette mise en équilibre est celle des victimes, pour qui il

---

<sup>29</sup> Contribution du système des Nations Unies dans son ensemble à l'avancement du débat relatif à la question des entreprises et des droits de l'homme et à la diffusion et l'application des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Résolution adoptée par le Conseil des Droits de l'homme, A/CDH/RES/21/5, 16 octobre 2012, § 8, 12.

importe souvent assez peu de savoir dans quel cadre (judiciaire ou non) elles pourront exprimer leur requête.

## 5. Importance du Cadre et des principes directeurs

[26] Certes, le Cadre et les principes de l'ONU y afférents ne sont pas formellement contraignants, puisqu'il s'agit uniquement de résolutions du Conseil des Droits de l'homme. Cependant ils reposent en grande partie sur des obligations contractées par les États en matière de droits de l'homme ; de plus, l'unanimité à laquelle ils ont été adoptés au sein du CDH et l'écho positif qu'ils ont reçu de la part de certaines organisations commerciales (OCDE, International Finance Corporation) leur confèrent de facto un poids non négligeable.<sup>30</sup> A cela s'ajoute que le Cadre et les principes de l'ONU sont non seulement les seuls instruments adoptés par les Nations Unies au sujet des droits de l'homme en contexte économique, mais aussi qu'ils représentent le résultat d'une réflexion qui a engagé, pendant 6 années, un très grand nombre d'acteurs : États et organismes non étatiques, de la Chambre de commerce internationale à des institutions de la société civile telles que patronat et syndicats, tous y ont apporté leur regard et leurs expériences, ce qui constitue une base de légitimation unique et explique pourquoi nous avons choisi de baser notre étude sur ces deux textes.

## IV. DROIT NATIONAL

[27] Les dispositions du droit international public sont complétées par le droit national. Cependant, alors que le droit constitutionnel définit un cadre général qui permet d'évaluer très clairement la conformité des actions politiques de l'État aux principes des droits de l'homme, il manque encore, au stade actuel, un aperçu fiable des normes juridiques qui concernent l'application des droits de l'homme dans le secteur économique. La présente étude a donc pour objectif d'identifier ces normes afin de permettre leur interprétation juridique et de contribuer à décrire de manière cohérente le cadre juridique, pertinent pour les droits de l'homme, dans lequel évoluent les activités économiques de l'État et des entreprises en Suisse.

## V. APPROCHE

### 1. Une étude qui constitue le premier volet d'un triptyque

[28] Comme nous l'avons déjà mentionné, notre étude s'appuie sur les principes adoptés dans le cadre des Nations Unies sur la question de l'économie et des droits de l'homme, et sur les obligations internationales contractées par la Suisse dans ce domaine. Cependant, vu la maigreur des bases sur laquelle repose cette thématique en Suisse, nous avons opté pour une approche en plusieurs étapes qui devrait nous permettre de nous représenter clairement les éventuelles mesures nécessaires :

---

<sup>30</sup> L'OCDE et IFC ont intégré les principes directeurs dans leurs instruments ; cf. OCDE, Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales 2011, et IFC, Cadre de durabilité 2012.

- (1) Dans un premier temps, il faut dresser un inventaire de la situation juridique, c'est-à-dire cataloguer les normes et instruments existant déjà (*mapping*).
- (2) Ensuite, une fois dressé ce tableau, il convient d'identifier les éventuelles insuffisances (*gap analysis*).
- (3) Enfin, suite à cette analyse des manques, il faudra formuler un plan d'action destiné à combler ces éventuelles lacunes (*action plan*).

[29] Notre étude sera principalement consacrée à la première étape, c'est-à-dire que nous nous attacherons surtout à dresser un état des lieux de la situation juridique. Notre objectif est de créer une base neutre et concrète qui permette d'ouvrir le débat, afin que les parties impliquées dans la discussion disposent d'une information claire sur les possibilités existantes. Après l'acceptation par le Conseil National du postulat Graffenried, qui charge le Conseil fédéral d'élaborer une stratégie visant à appliquer en Suisse les principes directeurs de l'ONU<sup>31</sup>, la présente étude peut contribuer à identifier les éventuels déséquilibres entre la situation juridique actuelle et l'application visée (étape 2). Il incombera ensuite à la politique de proposer une stratégie, sous forme d'un plan d'action visant à combler les lacunes qui sembleront inacceptables à la Suisse.

## 2. Méthodologie

[30] La première version de notre étude se basait sur la littérature existante et sur les sources accessibles ainsi que sur l'expertise de ses auteur(e)s, soutenus par des collègues experts dans certains domaines annexes, qui ont apporté leurs réponses à des questions scientifiques.

[31] Le texte qui en résulta fut soumis à discussion auprès de représentant(e)s de l'État, des entreprises et de la société civile. Afin d'obtenir de ces personnalités les réactions les plus détaillées possibles, les consultations ont été menées individuellement avec chaque groupe d'intérêt. Sept entretiens ont eu lieu, d'une durée moyenne de 2 heures, auxquels sont parfois venus s'ajouter des prises de position écrites.

<b>Autorités publiques</b>	Secrétariat d'État à l'économie, SECO (DFE) Département fédéral de la Justice (DFJP) Division Sécurité humaine (DFAE)
<b>Organisations non gouvernementales</b>	Amnesty International Alliance Sud Action de Carême Déclaration de Berne
<b>Fédérations</b>	Union patronale suisse Economiesuisse Swissholding

<sup>31</sup> Cf. Conseil national, postulat 12.3503 (Graffenried) ; Conseil Fédéral, Réponse au postulat 12.3503 (2012), Acceptation par le Conseil national le 14 décembre 2012.

Union syndicale suisse

Travail.Suisse

---

**Entreprises**

Crédit Suisse

Nestlé

UBS

---

[32] Les retours d'information, extraordinairement nombreux et détaillés, ont substantiellement contribué à la révision de notre texte. En plus des consultations ci-dessus mentionnées, nous avons également discuté de la méthodologie avec certains membres du groupe de travail des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises.

Les organismes et institutions consultés n'assument pas la responsabilité la présente étude ; leur participation aux consultations ne doit pas être interprétée comme un consentement sur les résultats.

## OBLIGATION DE PROTECTION INCOMBANT AUX ÉTATS DANS LE DOMAINE DE L'ÉCONOMIE ET DES DROITS DE L'HOMME

### I. CONCEPT ET SIGNIFICATION DE L'OBLIGATION DE PROTÉGER INCOMBANT AUX ÉTATS

[33] Depuis longtemps déjà, les droits de l'homme ne sont plus considérés uniquement comme des droits revenant à l'individu de se défendre contre les agressions de l'État. A l'heure actuelle, ils comprennent également, comme nous l'avons montré au début, les obligations de l'État de protéger les droits de l'homme qui peuvent être menacés par des interventions émanant du secteur privé. Néanmoins, sachant que l'État reste le principal concerné par les contraintes issues des droits de l'homme, une question se pose particulièrement dans le domaine Economie et droits de l'homme : dans quel cadre l'État peut-il et doit-il obliger les acteurs privés à respecter les droits de l'homme lors de leurs activités économiques, sur le territoire national comme à l'étranger ? Ce qui ne fait plus vraiment débat à l'heure actuelle, c'est *l'existence* d'une telle obligation incombant à l'État (*state duty to protect*), par laquelle il est tenu, dans le cadre de ses engagements internationaux dans le domaine des droits de l'homme, de prévenir les atteintes aux droits de l'homme de la part d'acteurs privés.<sup>32</sup>

[34] En revanche, le consensus reste encore à trouver sur la question de savoir *quels* droits de l'homme sont concernés par cette obligation, et quelle devrait être *l'étendue* des actions publiques en résultant. S'il ne fait aucun doute que l'État doit agir pour garantir l'application de certains droits de l'homme qui peuvent clairement être également menacés par des actions privées (p. ex. le droit à la vie), cette menace ne paraît pas toujours évidente, vraisemblable ou même possible pour certains autres droits (p. ex. pour les garanties générales de procédures). Il conviendrait donc de concrétiser cette question plus en détail, par le biais de la juridiction, de la doctrine juridique, et de commentaires des conventions existantes et pertinentes. Ainsi la CEDH a-t-elle par exemple statué, dans l'affaire *X et Y contre les Pays-Bas*<sup>33</sup>, que les droits de l'homme protégés par la CEDH<sup>34</sup> n'étaient certes pas directement applicables dans les interactions entre deux personnes privées (pas d'effet horizontal), mais que par ailleurs, ces droits de l'homme pouvaient tout à fait constituer le fondement d'une obligation de protéger incombant positivement à l'État (dit effet horizontal indirect).<sup>35</sup> D'un

---

<sup>32</sup> Sur ce point, voir KÄLIN/KÜNZLI, p. 118 ss.

<sup>33</sup> CEDH, *X et Y c. Pays-Bas*, 8978/80 (1985), point 23. En doctrine, l'obligation incombant à l'État de protéger les droits de l'homme est basée sur l'effet horizontal indirect des droits fondamentaux et des droits de l'homme. On entend par là le fait que l'État doit protéger ces droits, et garantir leur application, non pas seulement dans ses propres rapports verticaux avec les personnes ou entités privées, mais aussi dans les rapports horizontaux entre divers acteurs privés ; et ce, aussi bien dans le cadre de son pouvoir législatif que dans l'administration (pouvoir exécutif) et dans la juridiction (pouvoir judiciaire). En plus de cet effet horizontal indirect, il existe aussi l'effet horizontal direct, par lequel les personnes ou entité privées peuvent se réclamer de leurs droits de l'homme, ou inversement doivent veiller à les respecter, non pas uniquement vis-à-vis de l'État, mais aussi vis-à-vis d'autres personnes ou entités privées. Voir p. ex. SCHWEIZER, p. 721 ss ; MÜLLER, p. 74 ss.

<sup>34</sup> Convention européenne des droits de l'homme (RS 0.101).

<sup>35</sup> Cf. p. ex. CEDH, *von Hannover c. Allemagne*, 59320/00 (2004), point 57 (sur l'art. 8 de la CEDH, Droit au respect de la vie privée et familiale). Pour une réflexion détaillée sur la question des obligations positives en ce qui concerne les questions environnementales (p. ex. en rapport avec l'art. 2 de la CEDH), cf. Conseil de l'Europe, Manuel 2012, p. 18 ss.

autre côté, la cour a relativisé cet effet horizontal indirect en ajoutant qu'il ne saurait concerner que les droits de l'homme *aptes à cet effet*.<sup>36</sup>

[35] Au stade actuel, l'appareil réglementaire qui concerne ce point est fragmenté : la question de la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme occupe, aussi bien à l'échelon international que national, un nombre toujours croissant d'organisations internationales, d'États, d'ONG et d'entreprises. A cette diversité des acteurs répond également un éventail varié d'approches réglementaires, de la norme juridique contraignante (plutôt rare) au simple instrument autorégulateur en passant par le code de conduite et la recommandation politique. Ainsi, partant de la *state duty to protect*, ce chapitre s'attachera à présenter le cadre existant en Suisse pour protéger actuellement les droits de l'homme dans les activités économiques.

[36] La première partie (ci-dessous, § [37] et suivants) partira de la concrétisation de l'obligation étatique de protéger dans le cadre du concept à trois piliers adopté par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies (*protéger, respecter, réparer*) en insistant particulièrement sur le premier de ces trois principes directeurs et sur le pilier y afférent. L'obligation de protéger qui incombe à l'État sera donc fermement contextualisée dans le droit international public existant. Ceci est tout à fait crucial. En effet, pour les auteurs des principes directeurs, il est inutile de créer de nouveaux concepts ou de nouvelles lois : si l'État est tenu de protéger les droits de l'homme dans le secteur économique, c'est sur la base de réglementations déjà existantes et qui ne nécessitent qu'une concrétisation.<sup>37</sup> Dans la partie suivante (ci-dessous, § [60] et suivants), nous établirons le lien avec la Suisse : comment le droit suisse met-il en application cette obligation de protéger? Enfin, nous concluons par un aperçu général du statu quo juridique actuel en essayant de pointer les domaines dans lesquels la Suisse peut agir pour faire avancer et concrétiser son obligation de protéger les droits de l'homme dans le contexte économique. Ce faisant, nous nous proposons de créer une base sur laquelle les acteurs compétents pourront, dans une étape ultérieure, identifier les éventuelles mesures à prendre et établir les options pour une feuille de route avec toutes les parties prenantes.

## II. ANCRAGE INTERNATIONAL DE L'OBLIGATION DE PROTÉGER INCOMBANT À L'ÉTAT

### 1. Spécificités du droit international public pour les acteurs

[37] Par rapport au droit national ou interne, le droit international public comporte de nombreuses spécificités qui se révèlent cruciales pour le domaine Droits de l'homme et économie. Tout d'abord, les entités concernées par le droit international public sont les États. Ce sont eux qui sont censés transcrire dans le droit national les obligations qu'ils ont contractées au niveau international – entre autres celles qui concernent les droits de l'homme. Or ces réglementations qui contraignent les États sont généralement formulées sous une forme unique, celle du traité ; c'est-à-dire que le droit public international ne connaît pas la hiérarchie normative qui existe en droit interne et qui place les textes législatifs dans une pyramide constituée, pour la Suisse, des échelons Constitution – lois – ordonnances. Ces

---

<sup>36</sup> P. ex. CEDH, *Moldovan et autres c. Roumanie*, 41138/98 (2005), point 98.

<sup>37</sup> CDH, principes directeurs 2011, p. 5 § 14.

deux caractéristiques (focalisation sur l'État et manque d'instruments contraignants hiérarchiquement subordonnés aux traités internationaux) expliquent pourquoi, dans le domaine Droits de l'homme et économie, sont venus se greffer une pléthore d'instruments réglementifs non contraignants tels que la majorité des résolutions émanant d'organisations internationales, les codes de conduite, etc.

[38] En outre, il est possible qu'une norme formellement non contraignante produise des effets juridiques, p. ex. lorsqu'elle est appliquée en droit interne. C'est ainsi qu'est apparue, dans la doctrine du droit international public, la notion de *soft law*, qui a pu être traduite en français comme *droit mou*. Au sens étroit, cette catégorie concerne les résultats du compromis entre la souveraineté des États et la nécessité de réguler les relations internationales entre eux, c'est-à-dire, en règle générale, des textes adoptés par des sujets du droit international public (États, organisations internationales). Mais pour d'autres interprètes de la *soft law*, cette catégorie peut également concerner les textes dressés par des acteurs privés lorsqu'ils possèdent une valeur quasi-normative et exercent une influence décisive sur la création et le développement de normes obligatoires en droit international public.<sup>38</sup> De surcroît, il existe également des normes développées par des entreprises, fédérations et organisations de la société civile, qui ont des répercussions juridiques lorsqu'elles sont reprises dans le droit national ou acceptées comme déterminantes par l'État. Dans ce contexte, néanmoins, l'application et l'interprétation de ce droit mou posent des défis particuliers.

## 2. Fondements de l'obligation de protéger en droit international public

[39] À l'échelon du droit international public, c'est tout d'abord par les conventions internationales et régionales des droits de l'homme que l'État est engagé. Ainsi, la Convention européenne des droits de l'homme oblige les États parties, dans son article premier, à *reconnaître* à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans ladite Convention. Également, en vertu de l'art. 2, al. 1 du Pacte ONU II<sup>39</sup>, tous les États parties doivent *garantir* « à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le [...] Pacte ». De même, l'art. 2, al. 1 du Pacte ONU I<sup>40</sup> établit une vaste obligation de mise en œuvre à tous les niveaux de l'État, puisque chaque État partie s'engage à agir, « par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, *au maximum de ses ressources disponibles*, en vue d'assurer progressivement le *plein exercice* des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives ». Retenons donc qu'en principe, même si les formules varient, la plupart des traités internationaux sur la question des droits de l'homme prévoient une telle obligation d'application positive pour les États.<sup>41</sup>

[40] Par ailleurs, d'autres conventions multilatérales sont pertinentes dans ce domaine, lorsqu'elles concernent un domaine particulier sensible aux droits de l'homme. Ainsi, les huit

---

<sup>38</sup> DANIEL THÜRER, *Soft Law*, in : Rüdiger Wolfrum (éd.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, vol. IX, Oxford et al. 2012, p. 269-278, p. 270 ann. 6, p. 277 ann. 35.

<sup>39</sup> Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2).

<sup>40</sup> Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (RS 0.103.1).

<sup>41</sup> Ainsi p. ex. l'art. 2 de la Convention du 18 décembre 1979 sur toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108) et l'art. 2 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (RS 0.107).

conventions fondamentales de l'OIT<sup>42</sup> obligent les États parties à mettre en application ces droits fondamentaux dans le domaine du travail. Autre exemple (l'un des plus récents) de norme introduite dans le droit international public par le biais d'autres domaines thématiques internationaux : la Convention dite d'Oslo sur les armes à sous-munitions, ratifiée par la Suisse le 17 juillet 2012 et entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> janvier 2013.<sup>43</sup> Ce texte, qui interdit la production et le financement d'armes à sous-munitions, a nécessité une modification de la loi fédérale sur le matériel de guerre : désormais, celle-ci interdit non seulement le financement direct des armes prohibées, mais également leur financement indirect (art. 8c) – elle va donc plus loin que les exigences de la Convention d'Oslo. Néanmoins, un problème surgit ici. En effet, on entend par financement indirect p. ex. la participation privée à des entreprises produisant des armes à sous-munition, mais il manque une définition claire de ce concept dans la loi,<sup>44</sup> ce qui pose au secteur financier suisse de délicats problèmes d'application.<sup>45</sup> Un des principaux indices boursiers, le MSCI, propose plusieurs indices permettant d'exclure les producteurs d'armes à sous-munition lors d'une décision d'investissement.<sup>46</sup> La ratification de la convention est donc un élément important de la *state duty to protect*, puisque c'est son application, via la modification de la loi sur le matériel de guerre, qui a permis d'empêcher les entreprises domiciliées en Suisse de menacer les droits de l'homme en soutenant la production d'armes qui font globalement surtout des victimes civiles.

[41] Dans l'ensemble, néanmoins, le tableau est lacunaire : outre l'obligation très générale qui échoit aux États de protéger, dans leur domaine de compétence, les atteintes aux droits de l'homme commises par des tiers, le droit public international n'offre que des obligations contraignantes ponctuelles en ce qui concerne les atteintes perpétrées par des entreprises.

---

<sup>42</sup> Il s'agit des conventions fondamentales suivantes : Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS 0.822.713.9), Convention n° 87 du 9 juillet 1948 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS 0.822.719.7), Convention n° 98 du 1<sup>er</sup> juillet 1949 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS 0.822.719.9), Convention n° 100 du 29 juin 1951 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0), Convention n° 105 du 25 juin 1957 concernant l'abolition du travail forcé (RS 0.822.720.5), Convention n° 111 du 25 juin 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1), Convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8) et Convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS 0.822.728.2).

<sup>43</sup> Convention du 30 mai 2008 sur les armes à sous-munitions (RS 0.515.093).

<sup>44</sup> Conseil fédéral, Message Sous-munitions 2011, p. 5943 ss.

<sup>45</sup> NILS MELZER/JONATAN NIEDRIG, Ratification de la Convention sur les armes à sous-munition et l'interdiction du financement, newsletter CSDH du 26 octobre 2011, <<http://www.skmr.ch/frz/domaines/economie/nouvelles/armes-a-sous-munitions.html?search=1>> (consulté le 25 juillet 2013). Ainsi, l'UBS a décidé de « ne pas offrir de crédits et ne pas réaliser de transactions sur le marché des capitaux pour des entreprises impliquées dans le développement, la production et/ou l'acquisition de ces armes controversées. De même, l'UBS n'acquerra et ne détiendra aucune action et/ou obligation (y compris les produits dérivés) des sociétés concernées » (communiqué du 8 janvier 2013 ; <[http://www.ubs.com/global/en/about\\_ubs/corporate\\_responsibility/news\\_display\\_page\\_corporate\\_responsibility.html/en/2013/01/07/20130107b.html](http://www.ubs.com/global/en/about_ubs/corporate_responsibility/news_display_page_corporate_responsibility.html/en/2013/01/07/20130107b.html)> (consulté le 25 juillet 2013).

<sup>46</sup> Voir : <[http://www.msci.com/products/indices/esg/ex\\_controversial\\_weapons/](http://www.msci.com/products/indices/esg/ex_controversial_weapons/)> (consulté le 27 mai 2013).

### 3. Concrétisation par des directives et réglementations cadres

[42] C'est pourquoi, quand on recherche les réglementations qui touchent de près la mise en forme de cette obligation étatique dans le domaine Economie et Droits, on ne peut passer sous silence les directives, recommandations et réglementations cadres édictées par les organisations internationales. Ces textes produisent des effets différents selon le contexte dans lequel ils ont été formulés ; nous nous pencherons ici sur les réglementations émanant de l'ONU, de l'OCDE, de l'UE et du Conseil de l'Europe.

#### 3.1. Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

[43] Après l'échec de tous les efforts développés au sein de l'ONU pour contraindre efficacement les entreprises à respecter les droits de l'homme (voir § [10] et suivants), un événement fera date : l'adoption, par le Conseil des Droits de l'homme, des principes directeurs élaborés par John Ruggie, Représentant spécial chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales (*Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme*).<sup>47</sup> Cependant, la question de l'extraterritorialité y reste formulée ouvertement : il n'est pas précisément exprimé comment la *state duty to protect* prend effet au niveau international. Ce qui est prévu dans tous les cas, c'est que l'État est tenu d'exercer une action sur les entreprises domiciliées sur son territoire afin d'éviter que leurs activités à l'étranger ne contribuent à violer les droits de l'homme.

[44] Mais malgré leur aspect formellement peu contraignant, les principes directeurs se sont hissés au rang de fil conducteur pour les projets de régulations d'autres organisations et institutions internationales dans le domaine Economie et droits de l'homme – et ce, en partie, avant même leur adoption. On pourrait objecter qu'un texte non contraignant n'en devient pas plus contraignant lorsqu'il joue un rôle multiplicateur ; cependant, en y regardant de plus près et en analysant la vaste réception que ce texte connaît dans les faits, force est de constater que cette critique, quoique logique, n'est pas avérée.

#### 3.2. Mise à jour des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

[45] Le Conseil des ministres de l'Organisation pour la coopération économique et le développement (OCDE) a mis à jour, le 25 mai 2011, ses principes pour les entreprises multinationales.<sup>48</sup> Cette nouvelle version comporte un chapitre concernant les droits humains qui reprend et concrétise les principes directeurs adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Or les principes directeurs de l'OCDE contraignent d'abord les gouvernements, mais ils touchent également les entreprises qu'à partir du moment où ils ont été transcrits dans le droit national ou international. Pour le président du groupe de travail de la commission sur les investissements, cette situation peut être décrite comme « *soutenue par les gouvernements, obligatoire pour les gouvernements, non contraignante pour les multinationales* ».<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> CDH, Principes directeurs ONU 2011. Pour plus de détails, voir § [19] ss.

<sup>48</sup> OCDE (2011), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, éditions OCDE. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115439-fr> (consulté le 26 juillet 2013).

<sup>49</sup> Cf. <[http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/october/tradoc\\_150012.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/october/tradoc_150012.pdf)> (consulté le 26 juillet 2013).

[46] Les principes valent pour les sociétés multinationales publiques ou privées et, là où cela semble raisonnable, également pour les sociétés nationales dont les activités, dans le cadre de leurs capacités, peuvent donner naissance aux mêmes attentes. Ces entreprises se voient engagées à respecter les droits de l'homme internationalement acceptés dans le cadre de leurs activités. Elles doivent mettre en place une procédure de diligence raisonnable (*due diligence*), afin d'identifier, de prévenir et de minimiser les effets négatifs potentiels et réels de leur activités. En outre, les entreprises doivent rendre compte des mesures qu'elles prennent pour combattre ces incidences efficacement. Enfin, les principes obligent les entreprises à communiquer ouvertement les divers éléments de gouvernance d'entreprise (*corporate governance*) dont elles se réclament ainsi que les divers domaines dans lesquels elles se sont engagées à respecter des principes particuliers ou des codes de conduite managériale. On rencontre ce type de code de conduite surtout dans certains domaines sensibles tels que l'environnement, les droits de l'homme, les normes de travail, la protection des consommateurs ou la fiscalité.

[47] Dans leur chapitre nouvellement ajouté, concernant les droits humains, les entreprises sont engagées à respecter les droits de l'homme et à prévenir les incidences négatives que leurs activités peuvent comporter. Il s'agit ici de contrôler non seulement leurs activités propres, mais aussi toutes les activités impliquées par leurs rapports commerciaux dans la chaîne de production. En cas d'effets négatifs constatés, les entreprises doivent y remédier surtout par la promotion de procédures légales; elles doivent participer à leur réparation s'il s'avère qu'elles les ont causés ou du moins qu'elles y ont contribué.

[48] Contrairement aux Nations Unies, l'OCDE jouit d'une ferme réputation surtout auprès des entreprises, qui reconnaissent sa compétence fondamentale à statuer dans le domaine économique international. Nombreux sont les secteurs d'activités économiques où elle fait déjà office de référence internationale (blanchiment d'argent, fiscalité). En règle générale, ses références sont acceptées indépendamment de leur nature juridiquement contraignante ou non, tout simplement pour des raisons de compétitivité entre les différents acteurs économiques.

[49] Il appartient aux États parties, même après la révision de leurs textes, d'appliquer les principes de l'OCDE – cela même constitue un élément de l'obligation de protéger incombant aux États. Les États membres sont donc tenus de mettre en place des points de contact nationaux (PCN), qui enregistrent les plaintes déposées par les victimes de violations et fournissent une plateforme de médiation en cas de conflit. De par son caractère décentralisé, la mise en œuvre de ce mécanisme varie selon les États membres de l'OCDE. Pour saisir le degré d'importance accordée au nouveau chapitre des droits de l'homme, il n'est que de regarder la première décision qui se fonde sur la nouvelle version des principes directeurs. Dans cette décision, le PCN norvégien s'est appuyé entre autres sur la Convention n° 169 de l'OIT et sur une *Observation finale* du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale (*CERD, Committee on the Elimination of Racial Discrimination*)<sup>50</sup>, concernant une violation des droits de l'homme imputable à une entreprise norvégienne en Indonésie. Même si la Suisse n'a pas ratifié la convention n° 169 de l'OIT appliquée dans cette affaire, et même si la mise en forme du PCN norvégien n'est pas comparable à celui de la Suisse, il y a un enseignement à tirer de l'argumentation du PCN norvégien, qui peut illustrer

---

<sup>50</sup> CERD, Recommandation générale 1993.

comment concrétiser la responsabilisation des entreprises en matière de respect des droits de l'homme.<sup>51</sup>

[50] En Suisse, le PCN est placé sous la hiérarchie du Secrétariat d'État à l'économie (SECO).<sup>52</sup> Ses missions sont détaillées ci-dessous au § [186].

[51] Indépendamment des questions relevant de la mise en pratique concrète, il ne fait aucun doute que l'adoption des principes OCDE mis à jour permet considérablement de mieux protéger des droits de l'homme contre les violations conscientes et inconscientes imputables aux entreprises. Même si ces principes ne sont pas directement contraignants pour les entreprises, ils atteindront sans doute, avec ceux du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, le rang de normes internationales décisives pour l'interprétation et l'application au niveau national. Ainsi, dès le mois d'avril 2012, les États-Unis et l'Union européenne ont adopté des principes d'investissement communs,<sup>53</sup> dont le sixième dispose, sous le titre *Conduite responsable des entreprises*, que :

*Les gouvernements devraient engager fermement les entreprises multinationales à opérer de manière socialement responsable. A cet effet, l'Union européenne et les États Unis s'attacheront à promouvoir la conduite responsable des entreprises, en général, et l'adhésion de pays tiers aux principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises, en particulier.*

[52] Si ces deux acteurs mondiaux suivent ce principe, engagent expressément les entreprises qui agissent dans leur domaine d'influence à respecter les principes directeurs de l'OCDE, et s'attachent à pousser des pays tiers encore non adhérents à respecter ces mêmes principes, on peut en conclure que les principes directeurs de l'OCDE finiront, à moyen terme, par devenir un texte de référence pour les entreprises. Il est intéressant de noter, dans ce contexte, que la Chine (l'un des principaux investisseurs, et non membre de l'OCDE) a montré un vif intérêt vis-à-vis des principes de l'OCDE.<sup>54</sup>

### 3.3. Nouvelles stratégies au sein de l'UE

[53] En octobre 2011, la Commission européenne a proposé une nouvelle stratégie sur la RSE (*responsabilité sociale des entreprises*) axée sur une approche très similaire à celle des principes du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. En plus d'affirmer fondamentalement que l'entreprise est responsable des effets induits par son activité commerciale sur la société,<sup>55</sup> cette nouvelle stratégie européenne place les questions de RSE principalement sous l'impulsion des entreprises. Cependant, partant de la *state duty to protect*, elle pose également que les pouvoirs publics doivent également jouer un rôle de soutien en stimulant

---

<sup>51</sup> PCN Norvège, *FIOH c. Intex*, Rapport final (2011), p. 21 ss Cf. aussi Norwegian Ministry of Foreign Affairs, CRS Rapport 2009.

<sup>52</sup> Voir : <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00527/02584/index.html?lang=fr>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>53</sup> Commission européenne, communiqué 2012. Cf. sur ce point Christine Kaufmann, L'Union européenne et les États-Unis adoptent des principes d'investissement communs, Newsletter CSDH du 27 juin 2012, consultable sous <<http://www.skmr.ch/frz/domaines/economie/nouvelles/principes-investissement.html>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>54</sup> Pour en savoir plus sur l'état actuel du dialogue entre la Chine et l'OCDE, voir <<http://www.oecd.org/china/china-oecdcorporategovernancepolicydialogue.htm>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>55</sup> Commission européenne, Communication 2011, § 3.1, p. 7.

la responsabilité des marchés, c'est-à-dire en « combinant intelligemment des mesures politiques facultatives et, le cas échéant, des dispositions réglementaires complémentaires ».<sup>56</sup>

[54] Pour appliquer cette stratégie, la Commission a établi une feuille de route ambitieuse qui demande aux États membres de proposer des stratégies d'application concrètes comprenant des mesures législatives.<sup>57</sup> En outre, elle envisage de faire adopter des règles uniques au niveau européen, p. ex. en ce qui concerne les obligations des instituts financiers à communiquer sur leurs activités. Dès maintenant, la vis a été resserrée en matière de marchés publics.<sup>58</sup> A l'avenir, pour pouvoir participer à un appel d'offre de l'UE, les entreprises devront montrer qu'elles respectent les principes directeurs de l'ONU. Le consensus n'a pas encore été atteint, loin de là, sur les moyens d'établir cette preuve, mais dès maintenant, les entreprises suisses ressentent de manière palpable l'importance de ces mesures européennes pour elles-mêmes (les mesures déjà appliquées tout comme celles qui sont encore en gestation).

[55] Sur cette évolution très sensible vient également se greffer un deuxième volet de changement qui reste, lui, encore peu visible : les *Shared Principles on Investment* adoptés avec les États-Unis.<sup>59</sup>

### 3.4. Conseil de l'Europe

[56] Nous avons déjà évoqué ci-dessus l'interprétation de la *state duty to protect* par la CEDH.<sup>60</sup> Dans plusieurs arrêts, la Cour a souligné le problème de l'extraterritorialité des droits garantis par la Convention.<sup>61</sup> Ce sujet préoccupe également les instances politiques du Conseil de l'Europe, ce qui a nécessairement une incidence sur l'action de la Suisse, membre du Conseil, dans son travail de concrétisation des *obligations de protéger incombant à l'État*. Dès 2010, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe avait adopté une résolution<sup>62</sup>

---

<sup>56</sup> Commission européenne, Communication 2011, § 3.4, p. 9.

<sup>57</sup> Voir sur ce point : <[http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index_fr.htm)> (consulté le 27 juillet 2013). Dans son discours du 4 décembre 2012 au Premier Forum des Nations Unies sur les Sociétés et les Droits de l'homme, à Genève, Stavros Lambrinidis (Représentant spécial de l'UE pour les droits de l'homme) a indiqué qu'à la fin de l'année 2013, près de 2/3 des États membres de l'UE avaient fait cette proposition ou du moins commencé à mettre en place un plan d'application national ; cf. : <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession1/SubmissionsStatements/StavrosLambrinidis.pdf>> (consulté le 27 mai 2013).

<sup>58</sup> Commission européenne, Acheter social 2010, p. 10.

<sup>59</sup> Commission européenne, Communiqué 2012. Pour plus de détails, voir les explications indiquées à la note 53.

<sup>60</sup> Pour plus de détails sur les obligations échouant aux États en application de la CEDH, cf. THOMAS KOENEN, *Wirtschaft et Menschenrechte, Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler et internationaler Menschenrechtsverträge*, Berlin 2012, p. 54 ss. En ce qui concerne le rôle des entreprises, voir CEDH, Fiche thématique Sociétés : victimes ou coupables mars 2013.

<sup>61</sup> CEDH, Fiche thématique Sociétés 2013.

<sup>62</sup> Conseil de l'Europe, Résolution 1757 (2010). Le paragraphe 7.1. est particulièrement concret en ce qui concerne la *state duty to protect*, qui encourage « les entreprises à être respectueuses des droits de l'homme et à les responsabiliser en la matière, notamment : 7.1.1. en adoptant, pour les marchés publics et l'investissement de fonds publics, des lignes directrices visant à exclure les entreprises associées à des atteintes aux droits de l'homme ; 7.1.2. en mettant en place des instances chargées de conseiller les gouvernements en matière d'éthique et d'investissement ; 7.1.3. en incluant, dans les contrats de marchés publics et dans les contrats d'investissement, des clauses qui rappellent l'obligation de protéger les droits de l'homme. »

et formulé des recommandations<sup>63</sup> sur ce domaine thématique « Economie et Droits de l'homme », exprimant un besoin d'action sous-tendu ensuite par le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire.<sup>64</sup>

[57] Très récemment, le *Comité directeur pour les droits de l'homme* (CDDH) du Conseil de l'Europe s'est également appuyé sur les principes de l'ONU pour dresser une étude préliminaire concernant la RSE dans le domaine des droits de l'homme.<sup>65</sup> Partant du réseau d'initiatives normatives existant déjà à l'échelon international, l'étude s'interroge sur leur plus-value et sur les instruments les plus adéquats pour une action complémentaire devant émaner du Conseil de l'Europe (nouvelle convention / protocole additionnel / mécanismes de droit mou). Elle se penche en particulier sur les lacunes d'application qui se font éventuellement sentir au sein des principes de l'ONU. Au final, le Comité ministériel sur la RSE et les droits de l'homme a formulé dans sa déclaration des recommandations concrètes pour le domaine thématique Economie et droits de l'homme, et il est question d'approfondir la coopération thématique avec l'UE (dans le cadre du memorandum d'entente existant déjà), mais avec les institutions nationales aussi.<sup>66</sup>

### 3.5. Résultat et analyse

[58] Ce bref tableau montre bien que les principes directeurs de l'ONU, quoique formellement non exécutoires au niveau international, n'en sont pas moins susceptibles de développer une forte dynamique dont les effets restent difficiles à évaluer au stade actuel. Cette évolution indique bien que nombre d'États sont prêts à se pencher sur cette thématique et à participer au débat sur une conception commune et des normes communes, afin d'ouvrir éventuellement la voie à une réelle harmonisation. L'un des avantages principaux du *droit mou* est qu'il propose des instruments qui permettent d'impliquer plus facilement les entreprises et la société civile.

[59] Vu de Suisse, il semble en général que l'on abandonne de plus en plus la définition traditionnelle de la RSE (contribution volontaire à la société en tenant compte des intérêts des parties prenantes)<sup>67</sup> au profit d'une approche holistique telle que celles privilégiées par les principes directeurs du Conseil des droits de l'homme et par la nouvelle stratégie de l'UE.<sup>68</sup> Mais même si le concept d'obligation de protéger incombant à l'État n'a rien de nouveau en

---

<sup>63</sup> Conseil de l'Europe, Recommandation 1936 (2010).

<sup>64</sup> Conseil de l'Europe, Rapport Doc. 12361 (2010).

<sup>65</sup> Conseil de l'Europe, Projet d'étude préliminaire 2012.

<sup>66</sup> Ibid., p. 20 ss. Pour la coopération concrète avec l'UE dans le domaine de la RSE, il sera particulièrement fait appel à l'expertise du Conseil de l'Europe dans les domaines « Habillement et textile », « Gouvernance internet », « Travail des enfants » et « Droits sociaux » ; ibid. p. 7 ss.

<sup>67</sup> Voir aussi SECO, Concept de RSE 2009.

<sup>68</sup> Deux exemples actuels illustrent cette évolution, tous deux émanant du secteur économique privé : l'Engagement sur les droits de l'homme du voyageur Kuoni (*Statement of commitment on droits de l'homme*, <[http://www.kuoni.com/docs/gl\\_12\\_020\\_statement\\_of\\_commitment\\_0.pdf](http://www.kuoni.com/docs/gl_12_020_statement_of_commitment_0.pdf)> (consulté le 27 juillet 2013) qui a donné naissance au projet pilote Kenya (<[http://www.kuoni.com/docs/assessing\\_human\\_rights\\_impacts\\_0.pdf](http://www.kuoni.com/docs/assessing_human_rights_impacts_0.pdf)> consulté le 27 juillet 2013). Egalement, la mission confiée par Nestlé en 2011 à la Fair Labor Association (FLA), une ONG spécialiste du droit du travail, afin d'exercer en profondeur la filière de transformation du cacao en Côte d'Ivoire. Le rapport publié en 2012 par la FLA constitue la première étude de ce type qui identifie les étapes de la chaîne de valorisation de production du cacao et désigne les différentes parties prenantes : <<http://www.fairlabor.org/report/assessment-nestle-cocoa-supply-chain-ivory-coast>> (consulté le 27 juillet 2013).

soi, son application cohérente au secteur économique et aux activités des entreprises suscitent de nombreuses questions qui restent encore sans réponse. Economie nationale restreinte, mais fortement impliquée à l'international, la Suisse ne peut pas se soustraire aux évolutions qui touchent les autres pays, et en particulier l'UE, même si elle n'est pas, formellement parlant, la destinataire des initiatives d'origine. Ceci se fait clairement sentir lorsqu'il s'agit de coordonner un effort à l'échelon international, comme on l'a vu récemment à l'exemple de la RSE, entre le Conseil de l'Europe et l'UE. De surcroît, on ne saurait oublier que 80% du tissu entrepreneurial suisse est constitué de petites ou moyennes entreprises ; en ce qui concerne l'application de l'obligation étatique de protéger, ceci est décisif, car les PME atteignent plus rapidement leurs limites lorsqu'il s'agit de suivre les mutations internationales et d'y adapter éventuellement leurs activités en conséquence. L'État doit donc jouer, dans le cadre de son obligation de protéger, un considérable rôle d'informateur et de sensibilisateur.

### III. APPLICATION DE L'OBLIGATION DE PROTÉGER INCOMBANT À L'ÉTAT SUISSE

#### 1. Cadre constitutionnel

##### 1.1. Principe fondamental

[60] La Suisse remplit ses obligations de protéger entre autres en transcrivant les prescriptions du droit public international dans sa Constitution et dans sa législation. A cet effet, les art. 5, al. 4 et 35, al. 3 de la Constitution fédérale posent certains jalons sur la base desquels le législateur peut concrétiser l'obligation de protéger dans le domaine de la responsabilité des entreprises.

[61] En outre, l'art. 54, al. 2 Cst. établit cinq objectifs de la politique étrangère suisse, dont l'obligation de la Confédération de promouvoir le respect des droits de l'homme dans le cadre des Affaires étrangères. Mais il reste difficile d'en déduire clairement et directement une obligation de protéger incombant à l'État. Pour la doctrine, il s'agit d'une directive d'action à l'adresse des autorités, au pouvoir exécutoire certes faible, mais toutefois pas uniquement programmatique.<sup>69</sup> Par le moyen de ces normes, la Constitution fédérale se prononce fondamentalement pour la protection des droits de l'homme et il convient de prendre cette décision en compte dans la juridiction, et en particulier dans l'interprétation du droit suisse.

##### 1.2. L'obligation de protéger en vertu de l'art. 35, al. 3 Cst.

[62] Selon l'art. 35, al. 3 Cst., les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, puissent être exercés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Ceci porte aussi bien sur les droits fondamentaux compris dans les traités interna-

---

<sup>69</sup> Cf. AUBERT/MAHON, p. 464 ann. 10 ; ROLAND KLEY/MARTIN LUTZ, art. 54 al. 2, p. 994, ann. 25, dans : Bernhard Ehrenzeller et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, Zurich et al. 2008, p. 991 ss ; BIAGGINI, p. 356, ann. 17 ss.

tionaux ratifiés par la Suisse que sur les garanties de droit interne.<sup>70</sup> Or une question est particulièrement liée à celle de l'obligation de protéger incombant à l'État : c'est la question de l'effet tiers, c'est-à-dire de l'applicabilité des droits fondamentaux aux relations entre particuliers. En principe, la doctrine majoritaire ne reconnaît pas un effet tiers direct pour les droits de l'homme.<sup>71</sup> Les seules exceptions connues jusqu'à présent sont celle de l'égalité de salaire entre hommes et femmes<sup>72</sup>, l'interdiction de la torture<sup>73</sup> et dans certains domaines également la liberté de culte<sup>74</sup> – principes issus du catalogue des droits de l'homme internationalement garantis. Pour la doctrine, l'effet horizontal direct poserait principalement un problème de sécurité juridique, car en matière de droits de l'homme, les normes juridiques sont souvent formulées en termes trop vagues pour pouvoir produire des droits et des obligations concrets dans les relations entre les particuliers.<sup>75</sup> On trouve donc ici des parallèles avec l'échelon international, puisque – comme nous l'avons déjà montré – la CEDH ne statue pas non plus l'existence d'un effet tiers direct pour les garanties apportées par les conventions internationales.<sup>76</sup> Il en résulte que pour faire appliquer les droits fondamentaux entre particuliers, le législateur doit prendre des mesures. L'art. 35, al. 3 Cst. concrétise ce principe en précisant que l'art 35 al. 1 Cst., qui stipule que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique, concerne en principe également les relations entre personnes privées.

### 1.3. Liberté économique

[63] Les activités des entreprises sont protégées par le principe de liberté économique (art. 27 Cst.) et par les dispositions de l'art. 94 Cst. Or, dans certaines circonstances, il peut y avoir collision entre ce principe et celui de l'obligation de protéger émanant des principes directeurs de l'ONU. Le premier (liberté économique) peut être entravé par les mesures publiques visant à appliquer le second (obligation étatique de protéger), ainsi lorsque la liberté de contracter est soumise à des conditions de respect des droits de l'homme telles que les normes de travail. Sans autorisation expresse contenue dans la Constitution, les mesures de ce type doivent être conformes aux principes constitutionnels et respecter les dispositions de l'art. 36 ; c'est-à-dire qu'elles doivent être fondées sur une base légale, justifiées par un intérêt public et proportionnées au but visé. Si les principes directeurs de l'ONU ne peuvent faire office de base légale, en revanche ils peuvent jouer un rôle important pour justifier un intérêt public.

---

<sup>70</sup> Sur la question du rapport entre les droits fondamentaux couverts par la Constitution fédérale et les garanties résultant de traités internationaux, voir p. ex. REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, Berne 2007, p. 16 ss.

<sup>71</sup> BIAGGINI, p. 255, ann. 18.

<sup>72</sup> ATF 131 I 105 consid. 3.6, p. 109.

<sup>73</sup> SCHWEIZER, p. 724 ss, ann. 39.

<sup>74</sup> ATF 4, p. 434 ss, en 1878 : « De même que l'État ne peut ni prescrire ni interdire à ses citoyens, en vertu de l'art. 49 de la Constitution fédérale et de l'art. 17 de la Constitution cantonale de Thurgovie, une certaine confession religieuse, ni ne peut soustraire tout ou partie des droits de citoyenneté au motif de l'exercice d'une confession, de même l'époux ne peut pas prétendre à décider de la confession religieuse de sa femme ni exercer sur elle une quelconque contrainte dans sa liberté de culte et de conscience. Cette dernière est en effet garantie par la Constitution en tant que droit individuel à tous les citoyens, sans différence de sexe. » (p. 435, trad. c. Coiffet).

<sup>75</sup> AUBERT/MAHON, p. 315, ann. 11.

<sup>76</sup> Cf. ci-dessus, § [34].

## 2. Application de l'obligation de protéger au niveau des lois

### 2.1. Remarques préliminaires

[64] Le droit suisse ne reconnaît pas l'existence d'une responsabilité directe et exhaustive des entreprises vis-à-vis des droits de l'homme. Il comporte cependant quelques points d'appuis fixés par la loi, par exemple en ce qui concerne la responsabilité de gestion du Conseil d'administration, telle qu'elle résulte du Code des obligations (CO)<sup>77</sup>. De plus, le droit civil et le droit pénal prévoient également une responsabilité des entreprises à divers endroits. Enfin, les entreprises sont tenues dans divers contextes de rendre des comptes sous forme de rapports qui peuvent aborder des sujets sociaux ou environnementaux.

### 2.2. Dispositions civiles générales

#### 2.2.1. Obligations incombant aux entreprises elles-mêmes

[65] Si le droit suisse n'exige pas nécessairement le respect des droits de l'homme comme condition de départ pour *créer* une entreprise, il va néanmoins de soi qu'aucune entreprise ne peut poursuivre des objectifs contraires à la loi.<sup>78</sup> En règle générale, l'obligation directe des entreprises de respecter les droits de l'homme n'est mentionnée que très sporadiquement par le droit suisse. On trouve quelques obligations spécifiques dans le domaine du droit du travail, entre autres en ce qui concerne les horaires et conditions de travail<sup>79</sup> ainsi que l'égalité homme-femme.<sup>80</sup>

[66] De même, rien n'oblige actuellement les entreprises suisses à communiquer en général sur leur respect des droits de l'homme. Il est vrai qu'au niveau international, ce genre d'obligation générale reste assez rare, mais la tendance va vers une fusion des éléments financiers et sociaux dans les rapports d'entreprises. Le Danemark, par exemple, réclame depuis 2009 que ses grandes sociétés insèrent un chapitre sur la RSE dans leurs bilans annuels, et qu'elles y exposent particulièrement les efforts qu'elles déploient pour soutenir les droits de l'homme.<sup>81</sup> Cependant il suffit, pour remplir cette obligation, de signaler à cet endroit que rien n'a été fait. Plus novatrice, l'approche des Pays-Bas exige depuis 2008 que les sociétés néerlandaises cotées en bourse formulent une véritable politique de RSE traitant les aspects de cette thématique pertinents pour l'entreprise, et rendent compte de l'application de cette politique dans leur bilan annuel.<sup>82</sup> Les réflexions sont similaires dans la nouvelle stratégie RSE de l'UE.<sup>83</sup> La Commission européenne envisage d'obliger les instituts financiers à rendre compte du respect des obligations contractées dans le domaine des droits de l'homme. Dans l'ensemble, on ne saurait donc nier que la tendance est au renforcement des

---

<sup>77</sup> LF du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse [Livre cinquième : Code des obligations] (RS 220).

<sup>78</sup> Pour une étude comparative, voir CDH, Additif Ruggie 2011, § 39.

<sup>79</sup> Particulièrement dans la LF du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11), et dans l'art. 319 ss CO.

<sup>80</sup> LF du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

<sup>81</sup> Voir : <<http://csrgov.dk/legislation>> (consulté le 27 mai 2013).

<sup>82</sup> Cf. CDH, Additif Ruggie 2011, § 130.

<sup>83</sup> Sur la stratégie RSE de l'UE, voir ci-dessus § [53].

obligations en ce qui concerne la communication de ces informations, surtout pour les sociétés cotées en bourse. Les exemples les plus récents, outre ceux que nous venons de nommer, concernent les places boursières de Malaisie<sup>84</sup>, Mumbai et Hongkong.<sup>85</sup>

### 2.2.2. Responsabilité des directions d'entreprises

[67] Pour les sociétés anonymes, la responsabilité des directeurs, à savoir concrètement des membres du conseil d'administration, est fixée à l'art. 754 du CO, selon lequel ceux-ci répondent en général de leurs actes à l'égard de la société, des actionnaires et des créanciers. La priorité va au respect des intérêts de l'entreprise ; ce qui implique, aux termes de l'art. 717 CO, que les membres de la direction doivent exercer leurs attributions avec toute la diligence nécessaire (devoir de diligence) et veiller fidèlement aux intérêts de la société, qu'ils doivent placer au-dessus des autres (devoir de fidélité). D'après la doctrine et la jurisprudence majoritaire, le conseil d'administration ne doit conclure que des affaires dont il est sincèrement convaincu qu'elles apporteront une utilité à long terme à l'entreprise.<sup>86</sup> Il sera rendu responsable de toute violation de son devoir de diligence (*due diligence*), en vertu de l'art 717 CO – ceci concerne dans tous les cas la violation de normes juridiques contraignantes, mais pas nécessairement celle de normes quasi-juridiques telles que p. ex. les dispositions du Pacte mondial des Nations Unies.<sup>87</sup> En droit suisse des sociétés, aucune disposition spécifique ne stipule expressément que les instances directrices des entreprises doivent rendre compte à leurs sociétés des violations de droits de l'homme induites par leurs actions économiques. Cependant, comme nous le montrerons ci-dessous, il existe des constellations qui permettent d'envisager une telle responsabilité des conseils d'administration en matière de droits de l'homme.

### 2.2.3. Directives générales concernant les droits de l'homme au sein d'une entreprise

[68] Il est possible qu'une entreprise édicte des règlements internes sur sa responsabilité sociétale en général et sur son engagement contre les violations de droits de l'homme en particulier. Selon leur mise en forme (p. ex. si elles font partie intégrante de textes contraignants sur la stratégie de l'entreprise), ces dispositions peuvent revêtir un caractère obligatoire pour les instances directrices, suivant l'art. 716, al. 1, ligne 5 CO, de sorte que le conseil d'administration réponde de leur application.<sup>88</sup> Si celui-ci ne se tient pas à ces normes internes obligatoires, ce manquement pourrait – dans la mesure où les autres conditions seraient réunies – donner lieu à une responsabilité en droit des sociétés. Mais même en l'absence d'une véritable stratégie obligatoire en matière de droits de l'homme ou de RSE, le devoir de diligence du conseil d'administration peut exiger malgré tout que l'entreprise s'oriente sur les normes internationales et sur les bonnes pratiques connues dans son secteur d'activité.<sup>89</sup> A l'heure actuelle, des normes internationales de ce type naissent dans

---

<sup>84</sup> LONG SEH LI, Malaysia in KAUFMANN/COHEN/TAN/LIM, p. 222 ss.

<sup>85</sup> *Sustainable Stock Exchanges Initiatives* siehe <<http://www.sseinitiative.org/>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>86</sup> A titre d'exemple pour de nombreux autres, cf. WATTER/SPILLMANN, p. 105.

<sup>87</sup> Sur le *Pacte mondial*, voir <<http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>88</sup> WATTER/SPILLMANN, p. 105.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 110.

divers secteurs et sous diverses formes. Un exemple : le document de l'OCDE sur l'approvisionnement en minerais provenant de zones de conflit<sup>90</sup> établit des procédures concrètes pour permettre aux entreprises qui extraient des minerais en zones de conflit d'évaluer leurs risques. Depuis son adoption en 2011, ce document a été complété par des ajouts spécifiques concernant l'extraction du zinc, du tantal et du wolfram, puis en 2012 par un supplément concernant l'or.<sup>91</sup> Vu les risques importants que comportent ces activités en zones de crise, et vu l'écho positif que ces principes ont rencontré dans les secteurs concernés, il n'est pas exclu que le Guide OCDE sur le devoir de diligence se hisse au rang de norme pertinente pour évaluer sérieusement les risques ainsi que l'exige le devoir de diligence fixé par le droit des sociétés.

#### 2.2.4. Obligations de présentation des comptes

[69] Si la dernière mise à jour de l'obligation de communication comptable, quelle que soit la forme juridique de la société, ne va pas au-delà de l'obligation de présenter des comptes financiers (art. 957 ss CO), il est toutefois exigé des sociétés anonymes, depuis 2008, de présenter leur évaluation des risques en annexe de leur rapport de gestion.<sup>92</sup> Depuis la mise à jour du 1<sup>er</sup> janvier 2013, cette évaluation doit même faire partie du rapport annuel lui-même (art. 961c CO) ; sont tenues de présenter un rapport annuel toutes les sociétés, quelle que soit leur forme juridique (art 961 CO), que la loi soumet au contrôle ordinaire au sens de l'art. 727 du CO. Ainsi, il est possible que les sociétés soient contraintes de rendre compte de problèmes relevant des droits de l'homme dans leur rapport annuel, par exemple si une procédure en cours (judiciaire ou non) constitue un risque pour la société. Il en résulte des questions essentielles, surtout pour les groupes internationaux, et notamment, en ce qui concerne le contrôle des comptes présentés, car la forme et le contenu publié peuvent soulever des questions de responsabilité concrètes.<sup>93</sup> Par ailleurs, on s'interroge aussi en Suisse (comme dans l'UE) sur la question de savoir dans quelle mesure les entreprises cotées en bourse doivent être particulièrement obligées à fournir des informations sur les effets non financiers de leurs activités. En Suisse, la cotation et la publication d'information sont soumises à des règles émanant non pas du législateur, mais de la SIX Swiss Exchange<sup>94</sup> ; or à l'heure actuelle, celles-ci n'obligent pas explicitement les entreprises cotées à fournir des renseignements sur les droits de l'homme et la RSE. Mais malgré tout, les atteintes aux droits de l'homme pourraient revêtir une certaine pertinence en lien avec l'art. 53 du Règlement de cotation (RC),<sup>95</sup> si elles ont une incidence sur le cours de l'action.<sup>96</sup> En effet, en

---

<sup>90</sup> Guide OCDE sur le devoir de diligence 2011 ; cf. sur ce point OCDE, Recommandation du Conseil 2011.

<sup>91</sup> Sur la signification de ces réglementations, voir SCHNEIDER/SIEGENTHALER, *passim*. Sur le supplément 2012 concernant l'or, voir OCDE, Supplément sur l'or 2012.

<sup>92</sup> Ancien art. 663b al. 12 du CO.

<sup>93</sup> Cf. FORSTMOSER, p. 712.

<sup>94</sup> Art. 3 al. 2 let.a de la LF du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (RS 954.1).

<sup>95</sup> « L'émetteur informe le marché des faits susceptibles d'avoir une influence sur les cours qui sont survenus dans sa sphère d'activité. Sont réputés susceptibles d'avoir une influence sur les cours les faits qui sont de nature à entraîner une modification notable des cours », art. 53 al. 1 du Règlement de cotation de la SIX, Devoir d'information des faits susceptibles d'influencer les cours (publicité événementielle). Cf. sur ce point également la Directive SIX du 29 octobre 2008 sur la publicité ad hoc, (RLAhP).

<sup>96</sup> URS VON ARX/ANDREAS ZIEGLER, The Effect of CRS on Stock Performance : New Evidence for the USA and Europe, CCRS Working Paper Series, Working Paper No. 04/08, Zurich 2008.

vertu de l'art. 53 RC, l'entreprise est tenue d'informer sur tout fait susceptible d'avoir une influence sur le cours ou le prix. Toutefois, en cas de violation de cette disposition, l'art. 754 du CO n'engage la responsabilité de l'entreprise que si ladite disposition est considérée comme une norme destinée à protéger le bien atteint ; or cette interprétation suscite la controverse dans la littérature juridique actuelle.<sup>97</sup> Longtemps considéré comme un texte d'auto-régulation, le Règlement de cotation de la SIX n'avait donc pas généralement valeur de norme de protection. Mais de plus en plus, on considère que puisqu'il est soumis à l'approbation de la FINMA (Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers)<sup>98</sup>, il constitue un règlement émanant d'une autorité et contiendrait donc des dispositions ayant un caractère normatif protecteur.<sup>99</sup> La Cour fédérale n'a statué qu'une seule fois sur cette question, et a conclu que les dispositions de l'autorité boursière, quoique relevant du droit des contrats, exercent une fonction normative.<sup>100</sup> Dans cette optique, on peut penser que, si une entreprise ne communique pas les violations de droits de l'homme pouvant influencer sur le cours de ses titres, elle répond d'un dommage au sens de l'art. 754 du CO, sous réserve de remplir les autres conditions.

#### 2.2.5. Fondements possibles pour établir une responsabilité

[70] Si une entreprise menace des droits de l'homme ou est impliquée – volontairement ou non – dans des violations de droits de l'homme, elle peut se faire tort à elle-même (perte de réputation, chute des cours, réclamation de dommages-intérêts).<sup>101</sup> Ces effets négatifs peuvent être déclenchés par une campagne lancée par une ONG<sup>102</sup> ou par une action en justice pour versement de dommages et intérêts.<sup>103</sup> Dans une situation de ce type, en cas de dommage pour l'entreprise imputable à une négligence ou à un manque intentionnel de la part du Conseil d'administration, ce dernier répond du dommage en vertu de l'art. 754 du CO. Pour se représenter la gravité de tels risques juridiques sur une entreprise, il n'est que de noter par exemple que dans le nouveau dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires (normes *Bâle II*)<sup>104</sup>, les banques sont explicitement tenues d'évaluer les éventuels risques juridiques, de les intégrer dans leur gestion du risque et éventuellement de s'assurer contre ces risques, y compris les risques de procédures pouvant découler de

---

<sup>97</sup> Roberto/Rickenbach, p. 192.

<sup>98</sup> Art. 4 al. 2 LBVM.

<sup>99</sup> Particulièrement convaincant : MATTHIAS MAURER/HANS CASPAR VON DER CRONE : Rechtsschutz bei Dekotierungen von der Börse SIX Swiss Exchange, in : RSDA 4/2011, p. 400-415, p. 403 ss ; ROBERTO/RICKENBACH, p. 192.

<sup>100</sup> ATF 133 III 221 consid. 5.2.3, p. 226.

<sup>101</sup> Cf. FORSTMOSER, p. 718 ss.

<sup>102</sup> Ainsi par exemple la campagne lancée par des ONG contre les activités de production de l'entreprise Triumph en Birmanie, considérées comme soutien indirect de la junte birmane et des abus perpétrés par les militaires contre les droits de l'homme. Forcée de cesser sa production birmane suite à cette campagne, l'entreprise a laissé derrière elle un certain vide qui n'a pas contribué à améliorer la situation des travailleuses et travailleurs concernés: Clean Clothes Campaign, Newsletter Nr. 15, juin 2002, <<http://archive.cleanclothes.org/newslist/289-triumph-closes-factory-in-burma>> (consulté le 13.09.2013).

<sup>103</sup> Ainsi par exemple les plaintes fondées sur l'Alien Tort Claims Act américaine contre des entreprises soutenant l'apartheid en Afrique du Sud. Cf. CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Banken vor Gericht. Die Apartheidklagen gegen Schweizer Banken, dans : Hans Caspar von der Crone et al. (éd.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts (Festschrift für Dieter Zobl), Zurich 2004.

<sup>104</sup> Bâle II : Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres, Banque des règlements internationaux, Bâle 2004.

plaintes concernant des violations des droits de l'homme et nécessitant la constitution de réserves adéquates.

[71] Enfin, une évolution intéressante a surgi dans le débat sur la mise à jour de la Loi fédérale sur la modification des mesures d'accompagnement sur la libre circulation des personnes.<sup>105</sup> Dans le secteur du bâtiment, peut-on parler d'une responsabilité partagée solidai-  
rement, entre les entreprises suisses et les entreprises sous-traitantes étrangères, en matière de non-respect des normes minimales fixées par le droit du travail suisse?<sup>106</sup> Cette question a été reprise et approuvée à la session d'automne 2012 par le Parlement suisse.<sup>107</sup> Le ren-  
forcement du principe de responsabilité solidaire est entré en vigueur en même temps que la mise à jour et concrétisation de l'ordonnance par le Conseil fédéral, le 15 juillet 2013. Il y a donc responsabilité solidaire à partir de la conclusion de l'accord entre l'entreprise contrac-  
tante et la première entreprise sous-traitante.<sup>108</sup>

### 2.3. Projet de loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP)

[72] Le projet de LPSP (loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger) engage la Suisse dans une nouvelle voie.<sup>109</sup> Obligeant les entreprises prestataires de sécurité privées à respecter directement l'ICoC du 9 novembre 2010 (*Code de conduite international des entreprises de sécurité privées*)<sup>110</sup>, il leur confie donc concrètement le respect des droits de l'homme qui y figurent. Or l'ICoC stipule que ces entreprises sont tenues de respecter les droits de l'homme indépendamment des lois nationales et de la situation juridique de l'État concerné.<sup>111</sup> C'est donc par ce biais que la Confédération a parallèlement mis en application l'obligation de protéger incombant à la Suisse dérivée du *Document de*

---

<sup>105</sup> Cf. Conseil fédéral, Message mesures d'accompagnement et libre circulation 2012, FF 2012 3161.

<sup>106</sup> Cf. sur ce point GABRIELA SCHWARZ, Responsabilité partagée entre les entreprises suisses et les entreprises sous-traitantes étrangères en matière de non-respect des conditions minimales de salaire et de travail, newsletter CSDH du 27 juin 2012, <<http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/wirtschaft/artikel/solidarhaftung-lohndumping.html>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>107</sup> FF 2012 9725. Une fois passé le délai référendaire sans recours, les nouvelles réglementations sont entrées en vigueur le 15 juillet 2013.

<sup>108</sup> Cf. Communiqué de presse du Conseil fédéral du 26 juin 2013, consultable sous <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=49422>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>109</sup> Pour consulter le projet de loi, voir <<http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/sicherheitsfirmen/vorentw-f.pdf>> (consulté le 27 juillet 2013), ainsi que le message du Conseil fédéral du 23 janvier 2013 <<http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/1573.pdf>> (FF 21013 1571, consulté le 27 juillet 2013). Le 6 juin 2013, le projet de loi a été adopté à une très forte majorité au sein du Conseil fédéral ; cf. <[http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4909/407151/d\\_s\\_4909\\_407151\\_407328.htm](http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/s/4909/407151/d_s_4909_407151_407328.htm)> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>110</sup> Voir sur le site de l'ICoC : <<http://www.icoc-pp.org/>> (consulté le 27 juillet 2013). Pour un aperçu des évolutions actuelles, cf. NILS MELZER/JONATAN NIEDRIG, Entreprises militaires et de sécurité privées – Vue d'ensemble sur les principes de réglementation internationaux, newsletter CSDH du 1<sup>er</sup> février 2012, consultable sous <<http://www.skmr.ch/frz/domaines/economie/nouvelles/emsp.html>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>111</sup> Voir <<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=36144>> (consulté le 27 juillet 2013). Le 22 février 2013 a également été adoptée la Charte du mécanisme de gouvernance et de contrôle du Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, qui sera basée institutionnellement à Genève. Elle doit offrir un mécanisme de certification des entreprises de sécurité ainsi qu'une veille et un traitement des plaintes ; cf. <<http://www.eda.admin.ch/eda/fr/home/recent/media/single.html?id=47889>> (consulté le 27 juillet 2013).

*Montreux*<sup>112</sup>. En outre, il est interdit aux entreprises d'offrir, à partir du territoire suisse, des services de sécurité impliquant de sévères atteintes aux droits de l'homme. Ainsi, à l'exemple de la mise en œuvre du Code de conduite international, on peut détecter une nouvelle étape de « durcissement » du *droit mou* en droit contraignant.

[73] Même tendance régulatrice également dans le postulat Fässler « Rôle de la Suisse en tant que siège de sociétés de matières premières », <sup>113</sup> proposé pour acception par le Conseil fédéral mais refusé par le Conseil national le 16 mars 2012.

#### 2.4. Passation de marchés publics

[74] C'est particulièrement dans le domaine des marchés publics qu'interviennent très clairement les obligations de protéger incombant à l'État, quoique les dispositions pertinentes varient selon l'administration chargée de passer le marché. La Suisse a ratifié l'Accord de l'OMC sur les marchés publics<sup>114</sup>, qui stipule que le marché doit être adjugé à la soumission la plus basse ou à celle qui aura été reconnue comme étant la plus avantageuse selon les critères d'évaluation spécifiés dans les avis ou dans la documentation relative à l'appel d'offres (Art. XIII, al. 4 b). Or la nature « avantageuse » d'une soumission peut être évaluée en fonction de critères non économiques, qui peuvent inclure par exemple les droits de l'homme – tant que ceux-ci ne servent pas à discriminer des soumissionnaires étrangers.

[75] S'agissant de déterminer l'étendue concrète de la protection étatique, il convient tout d'abord de situer le lieu où s'effectue la prestation.<sup>115</sup> Ainsi, au niveau fédéral, toute prestation effectuée en Suisse est soumise à l'art. 8 LMP<sup>116</sup> qui stipule les principes d'adjudication suivants : (1) respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail (art. 8, al. 1 let. b LMP) et (2) garantie de l'égalité de traitement entre femmes et hommes, sur le plan salarial (art. 8, al. 1 let. c LMP). On retrouve des dispositions similaires au niveau intercantonal et cantonal.<sup>117</sup> Pour les prestations fournies à l'étranger, le soumissionnaire doit au moins respecter les conventions fondamentales de l'OIT mentionnées à l'annexe 2a de l'Ordonnance sur les marchés publics (art. 7, al. 2 OMP)<sup>118</sup>. De plus, il doit considérer ses sous-traitants et fournisseurs importants dans sa prise de décision, sachant néanmoins que c'est lui qui répond du respect des critères au final.<sup>119</sup> En pratique néanmoins, il n'est pas toujours aisé d'appliquer clairement ces dispositions, d'une part parce qu'il s'avère parfois difficile d'identifier les sous-traitants et fournisseurs importants, et d'autre part parce qu'il n'est pas non plus évident de prouver le respect des normes des droits de l'homme exigées. Quels sont les certificats décisifs, et de quels organismes émanent-ils? La netteté de ces concepts laisse encore à désirer, surtout pour les PME.

---

<sup>112</sup> AG ONU, Document de Montreux 2008.

<sup>113</sup> Conseil national, Postulat 11.3803 (Fässler).

<sup>114</sup> Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics (RS 0.632.231.422).

<sup>115</sup> Pour des exemples concrets de localisation d'une prestation, voir Commission des achats, Guide 2012, p. 9 s.

<sup>116</sup> Loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1).

<sup>117</sup> Ainsi au niveau intercantonal, l'accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics (RS 172.056.5).

<sup>118</sup> Ordonnance du 11 décembre 1995 sur les marchés publics (RS 172.056.11).

<sup>119</sup> Commission des achats, Guide 2012, p. 10.

## 2.5. Dispositions concernant le droit de la concurrence

### 2.5.1. Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD)

[76] Dans la LCD (loi fédérale contre la concurrence déloyale),<sup>120</sup> le législateur poursuit le dumping social pour des raisons d'honnêteté. L'art. 7 LCD interdit l'inobservation des conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux. Il s'agirait ici d'un cas particulier de déloyauté telle qu'elle est généralement définie à l'art. 2 LCD : il y a dumping social lorsqu'une entreprise s'épargne des coûts salariaux pour se procurer un avantage sur la concurrence – coûts qui peuvent provenir de divers facteurs tels que la sécurité, l'hygiène et la protection des employés, le respect des horaires de travail et de repos ou le salaire. Toutefois, cette norme n'a pas principalement pour objectif de protéger les employés, mais d'éviter une distorsion de concurrence, aussi ne touche-t-elle que les conditions de travail qui sont également imposées à la concurrence, p. ex. par des lois, des ordonnances ou des directives, mais aussi par des conventions collectives ou des usages professionnels ou locaux.<sup>121</sup> Pour tomber sous le coup de cette loi, l'inobservation de ces conditions doit en outre relever d'une intention économique et être susceptible d'exercer une incidence sensible sur les relations du marché.<sup>122</sup> En revanche, si l'entreprise poursuit d'autres objectifs ou si les dispositions violées le sont par tous les concurrents de la même manière, de telle sorte qu'aucune distorsion de concurrence n'en résulte, il n'y a pas violation de l'art. 7 LCD. Pas plus qu'en cas de non-respect de contrats de travail individuels, qui ne tombent pas non plus sous le coup de cette disposition.

[77] Ainsi, une entreprise se comporte de manière déloyale au sens de la LCD uniquement si elle exploite un « fossé humain » par exemple en profitant de conditions de travail non conformes aux droits de l'homme dans un pays étranger.<sup>123</sup> Pour la Suisse, il n'existe encore aucune décision de justice sur ce point, mais en ce qui concerne la nouvelle responsabilité solidaire en lien avec les mesures annexes<sup>124</sup>, la LCD pourrait comporter un potentiel protecteur des droits de l'homme qui mériterait d'être examiné en profondeur.

### 2.5.2. Dispositions de la législation anti-trust

[78] La lutte contre les ententes a pour but, via la législation anti-trust, de garantir une libre concurrence. La loi sur les cartels (LCart)<sup>125</sup> stipule à son art. 5, al. 1, que les entreprises ne peuvent pas passer d'accords qui affectent la concurrence de manière notable. Pour les restrictions à la concurrence qui sont notables (ibid.), mais ne suppriment pas totalement la

---

<sup>120</sup> LF du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241).

<sup>121</sup> JUNG, Art. 7 UWG, p. 629 ss.

<sup>122</sup> Cf. JUNG, Art. 2 UWG, p. 170 ann. 17.

<sup>123</sup> ROLF H. WEBER/ROMANA WEBER, Unlauteres Marktverhalten des Importeurs bei Nichteinhaltung von Arbeitsbedingungen durch ausländische Lieferanten?, dans : GRUR Int 2008, Munich 2008, p. 899-907, p. 907.

<sup>124</sup> Mise à jour de la Loi sur les travailleurs détachés (LDet), sur ce point voir la note 107.

<sup>125</sup> LF du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251, version du 1<sup>er</sup> janvier 2011). Etude instructive sur l'actuelle mise à jour de la LCart : ROGER ZÄCH/ROLF WEBER/ANDREAS HEINEMANN (éd.), Revision des Kartellgesetzes. Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zurich et al. 2012.

concurrence (art. 5, al. 3 et 4), l'al. 2 dresse un catalogue de justifications possibles, par exemple pour exploiter plus rationnellement des ressources. Cependant ce catalogue n'envisage aucune justification dans le domaine des droits de l'homme, et d'ailleurs l'opinion générale sur ce point est que ceux-ci ne sauraient être subsumés sous le concept d'efficacité économique qui chapeaute cet alinéa.<sup>126</sup>

[79] Dans le domaine thématique qui nous occupe, des collisions involontaires sont possibles avec le droit anti-trust, par exemple lorsque des entreprises s'entendent pour ne pas passer de contrats avec des fournisseurs qui ne respectent pas les droits de l'homme. Avant de conclure ce type d'entente, il convient tout d'abord de vérifier si la concurrence s'en trouve totalement éliminée, ce qui rendrait la chose illégale en vertu de l'art. 3, al. 3 et 4 LCart. En revanche, si les ententes ne vont pas si loin et n'excluent pas totalement la concurrence, sera applicable l'art. 5, al. 2, selon lequel les ententes concurrentielles sont justifiables par des motifs d'efficacité économique. Ceci intervient, d'après l'art. 5, al. 2, let. a LCart, lorsque l'accord est passé pour réduire les coûts de production ou de distribution, pour améliorer des produits ou des procédés de fabrication, pour promouvoir la recherche ou la diffusion de connaissances techniques ou professionnelles, ou pour exploiter plus rationnellement des ressources. Parmi ces exceptions, la loi ne prévoit donc aucun facteur externe au processus économique, pas même des intérêts publics qui pourraient se répercuter positivement sur l'économie nationale.<sup>127</sup> L'on s'accorde donc à reconnaître qu'il n'est pas possible de s'appuyer sur cette disposition pour exclure un fournisseur pour cause d'entrave aux droits de l'homme.

[80] Ainsi, faute d'intégration des droits de l'homme dans la loi sur les cartels, il peut arriver que les entreprises, à partir d'une certaine taille ou d'un certain poids sur le marché, disposent d'un éventail de mesures assez restreint dans l'application de leurs stratégies de responsabilisation. Il faudrait par exemple l'autorisation expresse du Conseil fédéral pour introduire des mesures restrictives à la concurrence ; or celui-ci ne pourrait la donner que sur demande des entreprises concernées, en présence d'un intérêt public prépondérant, et pour une période limitée (art. 8 LCart). Et pour pouvoir formuler une telle demande, les entreprises doivent d'abord (condition formelle de dépôt de requête<sup>128</sup>) avoir été déclarées illicites par l'autorité compétente, soit actuellement par la Commission de la concurrence).<sup>129</sup> Ainsi, si un groupe d'entreprises souhaite par exemple faire agréer une liste de fournisseurs à exclure (« liste de boycott »), elle doit se placer dans une procédure judiciaire civile ou administrative, dans le cadre de laquelle la Commission de la concurrence déclarera cette activité illicite (vgl. art. 15, al. 2 et 31 LCart). Concrètement, la Commission de la concurrence devrait par exemple déclarer illicite une entente destinée à exclure la coopération ou la fourniture d'entreprises ne respectant pas les normes fondamentales de l'OIT. Suite à quoi, sur la base de l'art. 8 LCart, le Conseil fédéral pourrait forcer le respect des normes fondamentales de

---

<sup>126</sup> REINERT, Art. 5 KG, p. 63 s ann. 11-13. Il semble établi que cette interprétation ne changera pas après la réforme prévue du droit anti-trust. Cf. Conseil fédéral, Message loi sur les cartels 2012, p. 3941.

<sup>127</sup> Cf. JÜRIG BORER, Art. 5 KG, ann. 45, dans : Jürg Borer (éd.) : Wettbewerbsrecht I, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.

<sup>128</sup> REINERT, Art. 8 KG, p. 102 ann. 5.

<sup>129</sup> La réforme prévue voulait faire du Tribunal administratif fédéral l'autorité chargée des décisions de première instance ; cf. <<http://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=43503>> (consulté le 27 juillet 2013). Mais la Commission de l'Economie et des redevances du Conseil des États, compétente dans ce domaine, a récemment rejeté très clairement cette proposition par 10 voix contre 2, privilégiant nettement une solution qui conserve la COMCO comme organe de première instance ; voir <<http://www.parlament.ch/f/mm/2013/pages/mm-wak-s-2013-01-15.aspx>> (consulté le 27 juillet 2013).

l'OIT au nom d'un intérêt public prépondérant, et autoriser exceptionnellement cette entente. Cette éventualité a été envisagée une fois, dans le débat sur le prix unique du livre et des partitions de musique, mais il est bien connu que le Conseil fédéral n'en a finalement pas fait usage.<sup>130</sup>

[81] Lorsqu'une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché souhaite p. ex. éviter d'acheter des matières premières ou des produits dont l'extraction ou la production pose problème en matière de droits de l'homme, il convient également de vérifier si son refus d'entretenir des relations commerciales avec certains fournisseurs tombe sous le coup de l'art. 7, al. 2, let. a LCart – qui interdit l'empêchement ou la discrimination de partenaires commerciaux par abus de position dominante sur le marché. Quoique l'art. 7 LCart ne prévoit expressément aucune exception justifiable, il demeure possible de s'exculper pour « raisons légitimes en affaires » (*legitimate business reasons*), qui peuvent une fois de plus comporter des raisons économiques internes à l'entreprise. Mais ici, contrairement au consensus qui s'établit autour de l'art. 5 LCart, un débat s'est élevé en pratique et en doctrine concernant l'interprétation de cette disposition, soit la question de savoir si l'on peut ajouter à ces raisons économiques internes à l'entreprise également des aspects relevant de l'économie nationale – p. ex. en prenant en compte des arguments d'efficacité globale ou de profit pour le bien être sociétal dans son ensemble.<sup>131</sup>

[82] Si l'activité incriminée est déclarée illicite par la COMCO, il est envisageable dans cette constellation de déposer une requête d'autorisation exceptionnelle auprès du Conseil fédéral ; mais il n'a encore jamais été envisagé, dans la littérature sur ce sujet, de recourir à l'art. 8 LCart pour protéger les droits de l'homme.

## 2.6. Dispositions pénales

[83] Le Code pénal suisse (CP), dans son Titre 7, statue depuis 2006 sur la punissabilité des entreprises (art. 102 et 102a). Selon l'art. 102, al. 1, du CP, un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales est imputable en premier lieu à une personne physique,<sup>132</sup> mais l'entreprise peut être punie subsidiairement s'il n'est pas possible d'identifier le ou les coupable(s) physique(s).<sup>133</sup> Il existe également une punissabilité originaire pour l'entreprise ; elle est réglementée à l'art. 102, al. 2 CP et concerne les délits exhaustivement énumérés à cet endroit.<sup>134</sup> Il est intéressant de noter que c'est un sujet relevant des droits de l'homme qui a suscité ce débat sur la punissabilité des entreprises, finissant par faire entrer l'art. 102 au Code pénal : des exportateurs suisses avaient transgressé un embargo militaire, se posant également en violation de la loi sur le matériel de guerre.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Cf. REINERT, Art. 8 KG, p. 101 ann. 3.

<sup>131</sup> Pour plus de détails sur la question des *legitimate business reasons* cf. Basler Kommentar Kartellgesetz, MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, ann. 63 ss sur l'art. 7, Bâle 2010. Sur le refus de coopérer de la part d'entreprises ayant une position dominante sur le marché, cf. *ibid.*, ann. 72 ss sur l'art. 7.

<sup>132</sup> Pour une interprétation détaillée de l'art. 102 CP : FORSTER, *passim*.

<sup>133</sup> GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2009, p. 236 ann. 3.

<sup>134</sup> La liste comprend les infractions prévues aux art. 260<sup>ter</sup>, 260<sup>quinquies</sup>, 305<sup>bis</sup>, 322<sup>ter</sup>, 322<sup>quinquies</sup> ou 322<sup>septies</sup>, al. 1 du CP, ou encore à l'art. 4a, al. 1, let. a de la LCD.

<sup>135</sup> ATF 96 IV 155 consid. 2.4.a, p. 174, 122 IV 103 consid. 6.2.a, p. 126. Pour plus de détails sur ce point cf. HEINIGER, ann. 167-181.

[84] En plus de l'art. 102, le CP envisage une série d'infractions spécifiques qui peuvent constituer une action punissable de la part d'une entreprise, dans le domaine des droits de l'homme. Ainsi pour la traite d'êtres humains : l'art. 182 CP établit une punissabilité originelle pour les entreprises comme pour les personnes physiques coupables. Ici, il est donc possible de punir l'entreprise directement, et pas seulement en subsidiarité à une peine touchant un individu. Il en va de même pour le délit de contamination d'eau potable, qui touche les entreprises aussi bien que les individus – toutefois ce délit (contrairement au précédent) ne concerne que les faits commis en Suisse.

#### IV. AUTRES OPTIONS POUR FAIRE APPLIQUER LA *STATE DUTY TO PROTECT* EN SUISSE

[85] Avec les progrès de la mondialisation économique et informationnelle, c'est également l'interprétation du concept d'obligation de protéger incombant à l'État qui se transforme. Dans ce concept, on observe une tendance générale au renforcement, au niveau régional et international, c'est-à-dire que les pouvoirs publics s'investissent de plus en plus dans l'application de la *state duty to protect*.

[86] Ces évolutions dans le domaine économie et droits de l'homme revêtent une importance essentielle pour la Suisse en tant que site économique hébergeant des entreprises et groupes actifs à l'international. Comme nous l'avons montré jusqu'à présent, la Suisse a engagé des efforts ponctuels dans divers domaines pour appliquer son obligation de protéger dans le domaine économique. En plus de légiférer, elle a p. ex. chargé le SECO de mettre à jour les informations du PCN et de les adapter aux nouveaux principes directeurs de l'OCDE.<sup>136</sup> Cependant il manque encore, à ce jour, une stratégie globale visant à appliquer les principes directeurs de l'ONU.<sup>137</sup> Toutefois le besoin concret de prendre des mesures est désormais reconnu, depuis que le Conseil national a récemment décidé d'accepter le postulat Graffenried – qui demandait au Conseil fédéral d'élaborer une stratégie indiquant comment la Suisse allait mettre en œuvre les principes du Cadre.<sup>138</sup> Pour répondre à cette revendication de manière fondée, le Conseil fédéral a choisi de recourir au dialogue multipartite entre les entreprises et les représentants de la société civile et de la recherche académique.<sup>139</sup>

[87] En résumé, dans le débat qui se poursuivra sur la réalisation de l'obligation de protéger incombant à la Suisse, on peut dès maintenant prévoir qu'il tournera autour de quelques éléments cruciaux :

- S'agissant du marché des matières premières, le Conseil fédéral a constaté à juste raison que les atteintes aux droits de l'homme peuvent constituer des risques nuisibles à la réputation de la Suisse même quand elles sont commises à l'étranger, du moment qu'elles

---

<sup>136</sup> Voir les informations sur le site du SECO, qui propose également une mise à jour des démarches et procédures : <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00527/02584/index.html?lang=fr>> (consulté le 27 juillet 2013).

<sup>137</sup> Divers objets parlementaires y appellent néanmoins : Conseil national, Postulat 12.3503 (Graffenried) et Conseil national, Interpellation 12.3520 (Moser) ; Conseil national, Interpellation 12.3456 (Haller) ; Conseil national, Interpellation 12.3449 (Ingold).

<sup>138</sup> Adopté le 14 décembre 2012 ; disponible sur <[http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20123503](http://www.parlament.ch/D/Suche/Seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20123503)> (consulté le 27 mai 2013). Actuellement le postulat Compte au sujet similaire est pendant au Conseil des Etats; Conseil des Etats, Postulat 12.4100 (Comte).

<sup>139</sup> Conseil fédéral, réponse au postulat 12.3503 (2012).

sont imputables à des entreprises domiciliées en Suisse.<sup>140</sup> Or, vu l'importance considérable de ce secteur pour l'économie du pays, la question se pose de savoir si la Suisse peut garantir que des entreprises respectent leur responsabilité en matière de droits de l'homme même dans leurs activités à l'étranger, et si oui, par quels moyens, sans atteindre de manière illicite à la souveraineté d'autres États et sans imposer aux entreprises un cahier des charges qui reviendrait en fait aux États hôtes.<sup>141</sup> Il conviendrait par exemple de s'interroger sur l'utilité d'emprunter ici un principe issu du droit prudentiel, celui du contrôle par le pays d'origine (*home country control*)<sup>142</sup>.

- Dans son propre projet, John Ruggie propose de combiner intelligemment (*smart mix*) des mesures facultatives et des dispositions réglementaires contraignantes. Ces dernières, plus transparentes, permettent d'apporter un cadre et des conditions de concurrence variables pour tous les acteurs économiques. D'un autre côté, les mesures facultatives reposant sur la bonne volonté permettent de mieux prendre en compte les spécificités de chaque secteur ou de répondre plus souplesment à des évolutions nouvelles que le législateur n'avait pas prévues. Il est essentiel, particulièrement pour les PME, que les exigences qui leur sont faites en matière de respect des droits de l'homme soient formulées de manière transparente et univoque. Vu les évolutions qui se dessinent au sein de l'UE, il semble inévitable que la Suisse soit également appelée à prendre position sur ce sujet, afin d'éviter les désavantages concurrentiels qui pourraient lui revenir si elle laissait s'installer un vide juridique dans le domaine de la RSE. Le débat qui s'est engagé sur ce point fait preuve d'un dynamisme porté par les initiatives issues de la société civile, telle la campagne *Droits sans frontières*, à ne pas confondre toutefois avec une mise en pratique réelle des principes directeurs des Nations Unies.<sup>143</sup>
- La présente étude montre que le débat juridique sur la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme devrait se faire dans un contexte interdisciplinaire et dégager des relations encore peu thématiques. Vu la complexité du sujet et les évolutions qui se dessinent dans l'environnement pertinent pour l'économie suisse, en particulier dans l'Union européenne, il serait intéressant de dresser un bilan le plus complet possible, au-delà de la présente étude, qui comprenne également le droit mou et les instruments spécifiques à chaque secteur, afin d'optimiser ensuite les décisions stratégiques. Cette procédure aurait l'avantage de se calquer sur celle du Groupe de travail des Nations Unies sur les entreprises et les droits de l'homme, qui est en train de réaliser ce genre d'enquête pilote pour trois pays (Royaume Uni, Allemagne, Danemark)<sup>144</sup>, en vue de présenter, suivant une méthode unique, les fondements juridiques proposés par les pays pour appliquer les principes fondamentaux des Nations unies. Ces enquêtes devraient permettre aux États d'identifier leurs besoins spécifiques et d'y adjoindre leurs plans d'action.

---

<sup>140</sup> Conseil fédéral, réponse au postulat 11.3803 (2011).

<sup>141</sup> Opinion apparemment un peu différente chez FORSTMOSER, p. 712 ss, qui affirme que les entreprises doivent agir elles-mêmes pour garantir le respect des droits de l'homme dans les pays gouvernés par des autorités faibles.

<sup>142</sup> Cf. PETER NOBEL, *Schweizerisches Finanzmarktrecht – Einführung et Überblick*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2004, § 5 n° 6.

<sup>143</sup> La campagne revendique entre autres un meilleur contrôle des entreprises au niveau national et international, consultable sous <<http://www.rechtohnegrenzen.ch/de/kampagne/forderungen/>> (consulté le 27 mai 2013), en détail dans Membrez, Étude 2012.

<sup>144</sup> Ces enquêtes pilotes devraient être publiées courant 2013 ; voir <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/ImplementationGP.aspx>> (consulté le 27 mai 2013).

- Pour faire mieux entrer ces principes fondamentaux dans les mentalités générales, il serait sans doute utile d'analyser également les mises à jour législatives en cours et leur incidence sur l'obligation de protéger incombant aux États dans le cadre d'activités économiques.
- Enfin, il convient de définir le rôle de la Suisse dans la concrétisation normative de ces principes. Ayant apporté un considérable soutien à la formulation de ces principes fondamentaux, la Suisse pourrait également participer très activement à leur développement, car elle dispose d'une économie nationale d'envergure restreinte mais très ouverte, et héberge un grand nombre de multinationales.

# MÉCANISMES DE RECOURS EN CAS D'ATTEINTES AUX DROITS DE L'HOMME

## I. DROITS DE L'HOMME ET RÉPARATION

[88] Au niveau procédural, l'État remplit son obligation de protéger et respecter les droits de l'homme en offrant une possibilité efficace de recours aux individus qui se sentent lésés dans leurs droits constitutionnellement garantis et protégés par le droit international public. Cette possibilité de recours constitue une contrepartie indispensable à l'obligation de protéger incombant à l'État, car sans elle, il deviendrait pratiquement impossible de faire valoir ces mêmes droits qu'il s'agit de protéger. On entend ici par recours efficace une procédure juste et indépendante qui permette d'analyser une requête et éventuellement de faire justice à l'individu lésé sous forme de réparations.

[89] Néanmoins, ces réparations peuvent se révéler difficiles à obtenir dans les faits, surtout dans le contexte des activités économiques d'une entreprise. Les personnes qui souhaitent se défendre contre une atteinte à leurs droits de l'homme se voient confrontées à de nombreux obstacles pratiques et juridiques que nous allons tenter de présenter dans ce qui suit.

[90] En principe, plusieurs voies sont possibles en matière de recours. Alors que le système *judiciaire* des pays atteint parfois ses limites lorsqu'il s'agit de protéger des droits individuels au moyen des garanties classiques en droit international public, le débat actuel se focalise de plus en plus sur les mécanismes *extrajudiciaires*. Nous nous pencherons ici sur ces deux options et sur les interprétations nationales qu'elles connaissent.

[91] En ce qui concerne les voies de recours judiciaires existant en Suisse, nous analyserons la mise en application des préliminaires du droit international public au niveau de la Constitution et des lois, et présenterons les différents mécanismes de recours. On se posera ici la question de savoir dans quelle mesure une entreprise peut être poursuivie au civil ou au pénal lorsque l'infraction incriminée n'est pas imputable à un individu, ou lorsque ce sont justement la structure et l'organisation de l'entreprise qui conditionnent les atteintes constatées. Il s'agira particulièrement de pointer le doigt sur les principaux obstacles qui empêchent les victimes d'engager une procédure judiciaire au civil. Enfin, nous nous pencherons sur les questions qui surgissent lorsque des entreprises transnationales exercent leur activité à l'étranger, particulièrement dans les régions en crise où la protection juridique n'atteint pas un niveau comparable à la Suisse.

[92] Lorsqu'un système judiciaire atteint ses limites, au plan globalement conceptionnel mais aussi très concrètement, il devient nécessaire de se pencher sur la nécessité de mécanismes alternatifs qui puissent éventuellement compléter les voies judiciaires de recours. Si elles peuvent présenter des avantages, ces alternatives ne peuvent toutefois pas remplacer un système judiciaire efficace. Nous nous attacherons à décrire dans ce chapitre les instruments de médiation qui s'appuient sur les principes de l'OCDE ainsi que les fondements de certains mécanismes non étatiques.

## II. CADRE INTERNATIONAL

### 1. Obligations fixées par le droit international public

[93] Le droit international public oblige les États signataires à respecter et garantir les droits de l'homme, et l'un des éléments centraux de cette obligation consiste à mettre en place des voies de recours effectives. Cette revendication s'appuie particulièrement sur l'art. 2, al. 3, du Pacte ONU II, ainsi que sur l'art. 13 de la CEDH, qui stipulent que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ou dans le Pacte ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale. Même type d'obligations à l'art. 6 de l'ICERD (Convention contre la discrimination raciale), aux art. 2, al. 1, art. 4 et art. 5 de l'ICAT (Convention contre la torture) ainsi qu'à l'art. 2 de la CEDEF (Convention contre la discrimination de la femme) : ces dispositions engagent explicitement les autorités nationales à proposer des voies de recours effectives pour permettre l'exercice des droits visés. Pour juger de l'efficacité de cette mise en application, les critères essentiels sont les possibilités d'action judiciaire et la possibilité de faire valoir la requête directement.<sup>145</sup>

[94] Au-delà de ces aspects, l'art. 14 du Pacte ONU II et l'art. 6 de la CEDH partent du principe que les garanties procédurales au civil et au pénal nécessitent un système judiciaire fonctionnant correctement.<sup>146</sup> En outre, l'art. 2 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH, du 22 novembre 1984, ratifié le 24 février 1988 pour la Suisse, prévoit une garantie de recours au pénal, c'est-à-dire le droit de faire examiner un jugement pénal par une juridiction supérieure.

### 2. Accès aux recours et réparations (*access to remedy*) d'après les principes directeurs de l'ONU

[95] Le cadre adopté par le Conseil des droits de l'homme des Nations unies pour fixer la responsabilité des entreprises en matière de droits de l'homme<sup>147</sup> s'appuie sur trois piliers : l'obligation de l'État (*state duty to protect*), l'appel fait aux entreprises pour qu'elles considèrent les droits de l'homme comme faisant partie inhérente de leur culture d'entreprise (*corporate responsibility to respect*), et finalement l'accès aux mécanismes de réparation en cas de violations ou atteintes aux droits de l'homme (*access to remedy*). Ce troisième pilier reflète la perspective des victimes, qui considèrent que le système des droits de l'homme fonctionne bien surtout quand il permet de remédier aux atteintes ou aux restrictions qui lui sont faites.

[96] Les principes directeurs de mise en place du Cadre<sup>148</sup> explicitent la mission qui échoit à l'État de garantir l'accès à des voies de recours effectives par des moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, en cas d'atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises (principe 25). Partie intégrante de l'obligation générale incombant à l'État, cette mission distingue entre les mécanismes judiciaires et non judiciaires, étatiques et non étatiques. Les mécanismes judiciaires doivent être rendus accessibles en réduisant les obstacles

<sup>145</sup> Sur la justiciabilité, voir *Mise en œuvre des droits humains en Suisse*, tome sur les domaines de la privation de liberté, la police et la justice.

<sup>146</sup> KÄLIN/KÜNZLI, p. 127.

<sup>147</sup> CDH, Cadre Ruggie 2008.

<sup>148</sup> CDH, Principes directeurs ONU 2011.

juridiques ou pratiques (principe 26) ; et pour produire un système globalement exhaustif, ils doivent être complétés par des mécanismes de recours publics non judiciaires qui, tout comme les mécanismes non publics, peuvent reposer sur la médiation et la conciliation ainsi que sur des accords ou des décisions. Afin de pouvoir examiner rapidement les plaintes et y remédier le plus directement possible, les entreprises doivent mettre en place en leur sein des points d'accueil et de conciliation, auxquels les individus ou groupes touchés puissent s'adresser (principe 29). A cet effet, elles doivent prendre appui sur les codes de conduite, dispositions et accords cadres existant déjà ou devant l'être (principe 30). Enfin, elles disposent d'un catalogue de critères pour évaluer l'efficacité des mécanismes de réclamation non judiciaires (principe 31).<sup>149</sup>

### 3. Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

[97] L'Organisation pour la coopération et le développement économique (OCDE) a adopté des principes qui se lisent comme une série de recommandations des gouvernements à l'adresse des sociétés multinationales opérant dans les pays membres ou à partir de leur territoire.<sup>150</sup> Non contraignants au plan juridique, ces principes qui formulent des références en matière de responsabilité des entreprises n'en constituent pas moins un texte que les pays membres sont tenus de mettre en application, en vertu d'une décision du Conseil de l'OCDE. Mis à jour en 2011, ils contiennent désormais un chapitre sur les droits de l'homme qui s'inscrit dans le droit fil des principes directeurs de l'ONU.<sup>151</sup> Quant au mécanisme de mise en application destiné à soutenir ces principes, il se caractérise particulièrement par sa fonction de médiation et de conciliation et par le rôle renforcé des points de contact nationaux (PCN).<sup>152</sup>

[98] Dans le nouveau chapitre sur les droits de l'homme, les entreprises sont engagées à respecter les droits de l'homme et à prévenir les effets négatifs de leurs activités et relations commerciales sur les droits de l'homme, y compris dans la chaîne de production. Au cas où de tels effets négatifs se feraient sentir malgré tout, les entreprises doivent y remédier en soutenant les procédures légales et participer à leur réparation s'il s'avère qu'elles ont contribué à leur existence ou même qu'elles les ont causés.

[99] Ainsi, si les principes directeurs de l'OCDE sont plus spécifiques que ceux de l'ONU, il n'en reste pas moins vrai qu'ils laissent les États membres (dont la Suisse) largement libres de décider des moyens de leur application.

---

<sup>149</sup> Voir ci-dessous, § [183].

<sup>150</sup> OCDE, Principes directeurs 2011.

<sup>151</sup> D'autres chapitres portent sur la transparence, les conditions de travail, l'environnement, la corruption, la protection des consommateurs, le transfert de technologie, la concurrence et la fiscalité.

<sup>152</sup> Pour plus de détails sur les PCN, voir ci-dessous, § [184] ss.

### III. APPLICATION AU NIVEAU NATIONAL

#### 1. Modes de recours judiciaire

##### 1.1. Dispositions constitutionnelles

[100] Le traitement judiciaire d'atteintes supposées contre les droits de l'homme au moyen d'une procédure indépendante et équitable constitue, en plus de tout un éventail de mesures préventives et réactives possibles, un élément crucial de l'obligation de protéger incombant à l'État. Ce principe, qui fait partie des fondements de l'État de droit, s'appuie lui-même sur diverses bases juridiques. La Constitution fédérale (art. 29a) énonce le principe du droit de chacun à faire entendre sa cause devant une autorité judiciaire, complété par des garanties de procédure générales. La cause doit être jugée équitablement et dans un délai raisonnable (art. 29, al. 1, Cst.) ; les parties ont le droit d'être entendues (al. 2) et, en cas de manque financier, elles ont droit à l'assistance judiciaire gratuite ainsi que, le cas échéant, à l'assistance gratuite d'un défenseur (al. 3). Les tribunaux doivent être établis par la loi, compétents en l'affaire, indépendants et impartiaux (art. 30, al. 1 Cst.). Sauf exceptions, les procédures judiciaires sont soumises au principe de publicité (al. 3). La décision finale doit être obligatoire et exécutoire.<sup>153</sup> Au pénal, le condamné a le droit de soumettre la décision à un tribunal supérieur, dans la mesure où elle n'a pas été jugée par le Tribunal fédéral en instance unique.

[101] Pour remplir ses obligations de protection, l'État doit prévenir les atteintes aux droits de l'homme, enquêter, punir, résorber et réparer en créant les fondements législatifs nécessaires et une infrastructure judiciaire adéquate constituée de plusieurs instances.<sup>154</sup> Ces réglementations, qui furent concrétisées particulièrement par la jurisprudence de la CEDH, ont été transcrites dans le droit suisse par le biais de dispositions constitutionnelles<sup>155</sup>. Formellement, il existe des procédures et des voies de recours en droit administratif, pénal et civil, que nous présenterons dans ce qui suit. Dans l'ensemble, on peut dire que le système judiciaire de la Suisse répond aux exigences posées par le droit international dans la mesure où les tribunaux suisses sont compétents pour une affaire concrète. Ceci n'est pas toujours facile à garantir, surtout lorsque les faits incriminés se sont déroulés partiellement ou totalement à l'étranger.<sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> ANDREAS KLEY, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, thèse d'habilitation, Zurich 1995, p. 3.

<sup>154</sup> Cf. CDH, Principes directeurs ONU, principe 1.

<sup>155</sup> Pour des exemples de jurisprudence, cf. p. ex. CEDH, *Vo c. France*, 53924/00 (2004), point 81 ss, particulièrement point 89 entre autres, sur l'obligation positive de protéger en vertu de l'art. 2 CEDH transcrit dans la législation et la jurisprudence ; CEDH, *McCann et autres c. Royaume Uni*, 18984/91 (1995), point 161 – indiquant que le droit à la vie (art. 2 CEDH) serait vide de sens sans l'obligation inhérente incombant à l'État d'examiner d'office les morts causées, *entre autres*, par ses propres agents ; CEDH, *Gül c. Suisse*, 23218/94 (1996), point 38 – formulant l'obligation positive pour l'État de protéger le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

<sup>156</sup> Voir sur ce point ci-dessous, § [134] ss.

## 1.2. Voies de recours administratives

[102] Pour engager une procédure de droit public contre une atteinte à un droit humain causée par une entreprise, plusieurs constellations sont envisageables. Il peut s'agir, premièrement, d'une entreprise ayant agi – à des degrés divers de l'influence étatique – au nom d'une mission publique qui lui aurait été confiée par une ou des administrations. Ainsi, par exemple, lorsque des compagnies de transport postal ou ferroviaire opèrent des discriminations entre leurs clients dans le cadre de leurs attributions publiques<sup>157</sup>. Deuxièmement, il peut s'agir d'une atteinte aux droits de l'homme commise par une entreprise face à laquelle l'État aurait omis de remplir ses obligations positives de protéger, et où la question se poserait de savoir dans quelle mesure les personnes touchées pourraient le poursuivre. Ainsi, par exemple, dans des situations où l'État aurait manqué à son devoir législatif et n'aurait pas créé les bases légales nécessaires à la protection des individus, ou lorsque les lois comporteraient des lacunes ou des passages contraires au droit international public ou à la Constitution.<sup>158</sup> Remarquons qu'on peut d'autant mieux identifier et éventuellement corriger un manquement de l'État à ses obligations lorsqu'une affaire est portée devant une instance internationale compétente pour poursuivre les autorités en cas de violation de leurs obligations internationales – particulièrement la CEDH.

### 1.2.1. Entreprises remplissant des charges publiques

[103] L'administration publique peut attribuer des missions publiques à des acteurs privés, et particulièrement à des entreprises (art. 178, al. 3 Cst. ; art. 2, al. 4 LOGA). C'est ainsi que des acteurs privés remplissent des fonctions de surveillance au nom des autorités publiques, ou qu'ils sont les uniques prestataires d'un service particulier.<sup>159</sup> Toute entité privée assumant une tâche de l'État est tenue de respecter les droits fondamentaux dans l'exécution directe de sa mission administrative (art. 35, al. 2 CV). L'État ne peut donc pas contourner le caractère obligatoire des droits fondamentaux en confiant certaines de ses missions à des entités privées.<sup>160</sup> Au contraire, il doit contrôler les activités de ces acteurs administratifs civils et répond subsidiairement de dommages causés dans ce cadre à des tiers (art. 19, al. 1 let. a LRCF).

---

<sup>157</sup> Art. 13 et 14 Loi du 17 décembre 2010 sur la poste (RS 783.0), art. 1 al. 2, art. 5-6 Loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer (RS 742.101).

<sup>158</sup> En l'affaire CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 25965/04 (2010), la Cour a établi qu'une réglementation chypriote obligeant les propriétaires de night-clubs et autres établissements à demander des visas d'entrée sur le territoire pour les artistes étrangères était susceptible d'aggraver la dépendance des femmes et donc de favoriser la traite des êtres humains (point 291). En l'espèce, la réglementation a été considérée comme une violation de l'art. 3 CEDH. En l'affaire CEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, 59320/00 (2004), l'Allemagne a été condamnée pour violation de l'art. 8, parce que la plus haute instance avait interprété la législation pertinente de manière trop ouverte et protégeant trop peu la demanderesse contre les atteintes à sa vie privée (point 72 ss). Décision similaire en l'affaire CEDH, *VgT c. Suisse*, 24699/94 (2001) : le Tribunal fédéral, par son interprétation de la législation pertinente en l'espèce, a commis une atteinte à la liberté d'expression du demandeur. Pour plus de détails sur cette affaire, voir ci-dessous § [108].

<sup>159</sup> TSCHANNEN, § 7, ann. 47.

<sup>160</sup> Cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELLIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol.II, Les droits fondamentaux, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2006, ann. 121 ss.

### 1.2.2. Procédure

[104] Les entreprises chargées de remplir des tâches publiques sont habilitées à édicter des décisions réglementaires dans le cadre de leurs activités (cf. art. 1, al. 2 let. e en lien avec l'art. 5 PA). Si une personne est lésée dans ses droits fondamentaux par une décision de ce type, elle peut entamer une procédure de recours ou de réclamation devant les instances prévues par la loi.<sup>161</sup> Dans le cas d'une entreprise chargée par une administration cantonale, il y a souvent une autorité supérieure qui joue le rôle d'instance de recours administratif interne avant que l'affaire puisse être portée devant un tribunal. Ce n'est que pour les décisions revêtant un caractère politique prépondérant que les cantons peuvent instituer une autorité judiciaire autre qu'un tribunal en tant qu'instance précédant immédiatement le Tribunal fédéral (art. 86, al. 3 LTF). Les recours sont ensuite recevables par le TF, sauf dans quelques cas exceptionnels précis (art. 83 LTF) et au-dessus d'une valeur litigieuse minimale (art. 85 LTF) ; dans tous les cas de décisions rendues dans les causes de droit public (art. 82 ss LTF) ; et dans certains cas de recours constitutionnels subsidiaires (art. 113 ss LTF). Pour les recours contre des décisions d'administrations fédérales, c'est le Tribunal administratif fédéral qui est compétent (art. 31 ss LTAF), et ses décisions peuvent en principe être portées devant le Tribunal fédéral par le moyen du recours de droit public (pour les exceptions, voir art. 83 LTF).<sup>162</sup>

[105] Après avoir épuisé les recours en droit interne, et si l'affaire répond aux critères de recevabilité au niveau européen, l'accès aux voies juridiques peut s'étendre à la Cour européenne des droits de l'homme, instance régionale de protection des droits de l'homme (art. 34 al. 1 CEDH). Si celle-ci constate une violation de la Convention, il y a matière à révision d'un arrêt d'une juridiction interne, si une indemnité n'est pas de nature à remédier aux effets de la violation (art. 122 LTF). En revanche, il n'y a pas accès à la Commission des droits de l'homme pour violation du Pacte ONU II, car la Suisse n'a pas ratifié le protocole facultatif.

### 1.2.3. Les droits de l'homme sont-ils contraignants pour les entreprises?

[106] Dans un litige entre une association luttant contre les fabriques d'animaux (Association Contre les Usines d'Animaux, ACUSA, Verein gegen Tierfabriken, VgT) et la Poste fédérale, la question était de savoir si la Poste pouvait refuser d'acheminer deux publications de l'association. Le TF a déclaré ce refus illicite car contraire aux bonnes moeurs. Dans les considérants, le Tribunal s'est demandé dans quelle mesure la Poste, qui était à l'époque encore établissement indépendant de droit public, devait respecter les droits fondamentaux dans le domaine des services concurrentiels qu'elle offrait. Il en a conclu que la Poste n'était pas tenue de respecter les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35, al 2, Cst., car en matière d'envois groupés, elle ne remplissait pas une mission publique obligatoire mais bien au con-

<sup>161</sup> Si, au contraire, l'atteinte est constituée par un acte réel, il est possible d'obtenir gain de cause en exigeant de l'administration compétente qu'elle constate l'illégalité de ces actes dans une décision (art. 25a LTAF). Ce type de décision doit pouvoir être rendu également par les entreprises chargées de remplir des missions publiques de la Confédération, en cas de litiges pour dommages corporels, financiers ou réels (art. 19 al. 3 LRCF). S'il n'est pas possible de faire appliquer une décision contestable, plainte peut être portée. Dans ce cas, un tribunal statuera en première instance (au niveau fédéral, ce sera le Tribunal administratif fédéral, selon l'art. 35 LTAF, ou le Tribunal fédéral selon l'art. 120 LTF).

<sup>162</sup> Cf. ALAIN GRIFFEL, *Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit*, dans : Giovanni Biaggi/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), *Staatsrecht*, Zurich et al. 2011, § 27., ann. 54 ss.

traire un service pouvant être exécuté par d'autres prestataires concurrents.<sup>163</sup> Le Tribunal a également nié une obligation résultant de l'art 35, al. 1 Cst., parce que le législateur avait prévu, dans la Loi sur la Poste (LPO)<sup>164</sup>, que la Poste était soumise aux mêmes règles que ses concurrents privés, sauf en ce qui concerne ses missions publiques fondamentales, afin qu'elle dispose des mêmes leviers que ses concurrents dans les situations concurrentielles.<sup>165</sup> Cette décision a soulevé de violentes critiques dans une partie de la doctrine, chez ceux qui considèrent que les entreprises publiques sont tenues de respecter la totalité des droits fondamentaux.<sup>166</sup>

[107] En mars 2011, le Tribunal administratif fédéral a statué sur le respect des droits fondamentaux à attendre des CFF (Chemins de fer fédéraux) en ce qui concerne l'utilisation des murs de gare comme surface publicitaire.<sup>167</sup> La plainte était dirigée contre une décision des CFF d'interdire à la requérante de coller en gare de Zurich des affiches critiquant la politique d'occupation de territoires poursuivie par le gouvernement israélien, suite à quoi la requérante s'était réclamée de son droit fondamental à la liberté d'opinion. Dans son arrêt, le Tribunal administratif fédéral avait indiqué que les CFF sont tenus de respecter les droits fondamentaux dès lors qu'ils assument les tâches de l'État, et que ceci concerne non seulement l'acheminement des personnes, mais aussi la gestion des infrastructures ferroviaires, dont les installations publiques (y compris les murs de gares) constituent un objet d'utilité publique remplissant un but fonctionnel précis. L'utilisation commerciale des murs de gare par les CFF n'est pas exclue, mais ne doit pas constituer un obstacle au transport ferroviaire, car les intérêts publics relevant de la mission attribuée par l'État sont toujours supérieurs aux intérêts financiers.<sup>168</sup> En outre, le Tribunal a statué que le règlement d'utilisation des murs de gare pouvait constituer une atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression, dans la mesure où il touchait ici un droit des citoyens à l'utilité publique augmentée. Il lui a donc paru inadmissible que les CFF interdisent un affichage, car ce refus enfreint la liberté d'opinion dans une mesure qui ne résisterait pas à un examen sur la proportion entre l'objectif visé et les moyens mis en œuvre.<sup>169</sup> Les CFF ont fait appel de cet arrêt devant le TF, qui a confirmé l'interprétation du Tribunal administratif fédéral dans son jugement du 3 juillet 2012.<sup>170</sup>

[108] En l'affaire *VgT (ACUSA) contre la Suisse*<sup>171</sup>, la CEDH a statué qu'un État ne respecte pas ses garanties de protection lorsqu'il donne son accord en dernier recours à une atteinte portée à un droit conventionnel et allant au-delà de ce qui est nécessaire dans une société démocratique : lorsque, en 1994, l'association *Verein gegen Tierfabriken* a souhaité réagir à diverses publicités émanant de l'industrie de la viande par un court spot appelant les téléspectateurs et les auditeurs à réduire leur consommation de viande, l'organisme de radiodiffusion télévisuelle SA pour la publicité à la télévision (actuellement *Publisuisse*) en a refusé la

---

<sup>163</sup> ATF 129 III 35 consid. 5.2, p. 40.

<sup>164</sup> Loi du 30 avril 1997, abrogée par l'art. 39 de la LPO du 17 décembre 2010 (RS 783.0).

<sup>165</sup> ATF 129 III 35 consid. 5.3, p. 41.

<sup>166</sup> Cf. p. ex. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6<sup>e</sup> éd., Zurich et al. 2010, ann. 1239 ; MÜLLER, p. 59 ss, ann. 14 ss.

<sup>167</sup> ATAF A-7454/2009 du 29 mars 2011 (en allemand).

<sup>168</sup> ATAF A-7454/2009 du 29 mars 2011 consid. 8.6.5, p. 15.

<sup>169</sup> ATAF A-7454/2009 du 29 mars 2011 consid. 9.6, p. 20 et E. 10.4.3 ss, p. 23 ss.

<sup>170</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_415/2011 du 3 juillet 2012.

<sup>171</sup> CEDH, *VgT c. Suisse*, 24699/94 (2001).

diffusion en raison de son « caractère indéniablement politique ». Après avoir épuisé tous ses recours jusqu'au Tribunal fédéral<sup>172</sup>, VgT s'est adressé à la CEDH en invoquant une atteinte à sa liberté d'expression suivant l'art. 10 CEDH. Dans sa défense devant la Cour, le gouvernement suisse a tout d'abord estimé ne pas être responsable d'une éventuelle atteinte à la liberté d'expression commise par SA pour la publicité à la télévision, qui est une société de droit privé, et non soumise au contrôle des autorités.<sup>173</sup> Selon le gouvernement suisse, la radiodiffusion de publicité ne constitue pas une mission publique de l'État et peut donc être soumise au principe de la liberté contractuelle. La question qui se pose ici, toujours selon le gouvernement suisse, est de savoir si la Suisse est positivement tenue de garantir pleinement la liberté d'expression dans les interactions entre des parties privées, et si la loi sur laquelle se fondait la société de radiodiffusion pour refuser la diffusion du spot à caractère politique était compatible avec l'art. 10 CEDH.<sup>174</sup> La cour indique dans ce cadre l'existence d'obligations de protéger positives incombant à l'État,<sup>175</sup> mais n'estime pas nécessaire de s'exprimer sur la mesure dans laquelle il faut étendre les garanties de la Convention aux relations entre les personnes privées.<sup>176</sup> La cour constate simplement que le requérant pouvait se voir refuser l'expression d'une opinion politique sur la base de l'interprétation du droit national livrée par le Tribunal fédéral, et qu'une éventuelle atteinte à la liberté d'opinion selon l'art. 10 CEDH relevait de la responsabilité de l'État.<sup>177</sup> Néanmoins, cette interdiction paraissant hors de proportion dans un État démocratique, la Cour européenne des droits de l'homme en a conclu qu'elle enfreignait l'art. 10 de la Convention.<sup>178</sup>

### 1.3. Mécanismes de recours au pénal

#### 1.3.1. Responsabilité pénale de l'entreprise

[109] En droit suisse, l'idée qu'une entreprise ou organisation soit punissable est relativement nouvelle. Dans la conception traditionnelle, c'est à l'individu agissant en sa propre responsabilité, et engageant sa culpabilité individuelle, que peut être imputée la violation d'un bien protégé par le droit. Les personnes morales ne disposent pas, par nature, des critères physiques et psychiques qui justifieraient une imputabilité au pénal.<sup>179</sup> Ainsi, en cas d'atteinte aux droits de l'homme dans le cadre des activités économiques d'une entreprise, les organes de cette dernière en répondent d'abord personnellement en droit pénal, dans la mesure où ils ont agi en faisant librement usage de leurs pouvoirs de décision pour remplir les obligations qui incombent à la société (art. 29 CP). Mais cette forme de responsabilité par représentation n'intervient que si les organes ont eux-mêmes participé aux faits incriminés ; les organes d'une personne morale ne sont donc pas responsables au pénal pour des

---

<sup>172</sup> ATF 123 II 402.

<sup>173</sup> CEDH, *VgT c. Suisse*, 24699/94 (2001), point 40.

<sup>174</sup> *Ibid.*, point 41.

<sup>175</sup> *Ibid.*, point 45.

<sup>176</sup> *Ibid.*, point 46.

<sup>177</sup> *Ibid.*, point 47.

<sup>178</sup> *Ibid.*, point 79.

<sup>179</sup> Voir par exemple ATF 85 IV 95 consid. 2, p. 100 ; 97 IV 202 consid. 1, p. 203 ; 105 IV 172 consid. 3, p. 175.

faits indépendants de leur participation concrète, commis par d'autres personnes au sein de leur entreprise. »<sup>180</sup>

[110] Lorsqu'il n'y a pas participation active des organes en question, les membres de la direction d'une entreprise peuvent avoir à répondre d'une commission par omission, et à la réparer par des dommages intérêts, au nom de la responsabilité pénale du chef d'entreprise (art. 11 CP).<sup>181</sup> Celle-ci prévoit que le chef d'entreprise doit prendre les mesures d'organisation nécessaires pour empêcher l'entreprise de commettre un acte délictueux, et ce, en opérant une sélection, un contrôle et une instruction nécessaire du personnel qui l'assiste.<sup>182</sup>

[111] Du fait même que les groupes multinationaux sont particulièrement dotés d'une organisation décentralisée et de structures internes allant en se complexifiant, il peut devenir extrêmement difficile d'attribuer un acte illicite entièrement et exclusivement à une seule personne.<sup>183</sup> Le législateur a tenu compte de cette évolution plutôt récente en intégrant au Code Pénal, en 2003, des dispositions concernant la responsabilité des entreprises qui prévoient une punissabilité subsidiaire et une punissabilité originaire des entreprises (art. 102 CP).<sup>184</sup>

[112] La responsabilité subsidiaire signifie qu'un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputable à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. En cas d'infraction pouvant être considérée comme un acte de crime organisé, de financement de terrorisme, de blanchiment d'argent, de corruption de fonctionnaire ou de corruption privée active (catalogue des infractions), l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques (responsabilité originaire). Dans les deux cas, la peine prononcée à l'encontre de l'entreprise peut aller jusqu'à une amende 5 millions de francs. Ces dispositions ont pour objectif d'améliorer la transparence au niveau de l'organisation des entreprises et d'optimiser le soin à appliquer pour éviter les risques typiques de l'entreprise. Elles exigent que les entreprises s'attachent à analyser ces risques et à prendre des mesures nécessaires pour éviter la commission collective d'un acte relevant du catalogue des infractions (art. 309 CPP).<sup>185</sup>

### 1.3.2. Procédure

[113] Si une personne se sent lésée dans ses droits de l'homme par un comportement illicite et punissable d'une entreprise, elle peut porter plainte au pénal (art. 15 et 301 CPP). Lorsqu'il en ressort des soupçons suffisants laissant présumer qu'une action a été commise, le ministère public ouvre une instruction (cf. art. 306, 309 CPP).<sup>186</sup>

---

<sup>180</sup> ATF 105 IV 172 consid. 3, p. 175 s.

<sup>181</sup> Idée qui a été reconnue pour la première fois dans l'arrêt Bührle, ATF 96 IV 155 consid. II.4, p. 174 s.

<sup>182</sup> Arrêt von Roll, ATF 122 IV 103 consid. VI.2d, p. 128 s.

<sup>183</sup> Voir HEINE, p. 98 s.

<sup>184</sup> Voir en général sur l'art 102 CP : FORSTER, *passim*.

<sup>185</sup> Voir sur ce point HEINE, p. 104.

<sup>186</sup> Ce qui peut se révéler difficile avant de déposer plainte au pénal contre une entreprise dans le domaine des droits de l'homme, c'est de trouver des faits qui soient assez clairs et susceptibles d'avoir été commis par une entreprise – en effet, les actes prévus par le CP sont généralement imputables et susceptibles d'avoir été commis par une personne individuelle plutôt que par une entreprise.

[114] Au pénal sont applicables le Code de procédure pénale et la Loi sur le Tribunal fédéral. En cas de poursuite pénale contre une entreprise, le for est situé au siège de l'entreprise (art. 36 CPP). Sauf quelques rares exceptions, il échoit aux autorités judiciaires cantonales de poursuivre et de juger les infractions prévues par le droit fédéral (art. 22 CPP). Sur le modèle de la CEDH et de la Constitution fédérale, le Code de procédure prévoit obligatoirement une autorité de recours et une juridiction d'appel, sachant que les attributions de la première peuvent être confiées à la seconde (art. 20 s CPP). Enfin, le Tribunal fédéral connaît des recours contre les décisions pénales prises par les autorités cantonales de dernière instance et par le Tribunal pénal fédéral (art. 78 ss, art. 80 LTF) ; ainsi que, subsidiairement, des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales en cas d'atteinte à des droits constitutionnels, y compris ceux garantis au niveau cantonal (art. 113 ss LTF). Le Tribunal fédéral est la dernière instance du système judiciaire suisse.

#### 1.4. Mécanismes de recours au civil

##### 1.4.1. Responsabilité de l'entreprise en droit civil

[115] En droit civil, la personne morale est capable de commettre des actes délictueux au même titre que la personne physique. C'est ainsi que le comportement de ses organes, dans le domaine commercial lui revenant, engage la personne morale dans son ensemble ; celle-ci répond particulièrement de dommages causés par le comportement délictueux d'un de ses organes (art. 55, al. 2 CC en lien avec l'art. 41 CO). La notion d'organe est interprétée ici au sens large et inclut les personnes qui prennent des décisions revenant effectivement à des organes ou qui assurent simplement la gestion de l'entreprise et contribuent de manière décisive à son processus décisionnel (organes de fait).<sup>187</sup>

[116] En tant qu'employeur, l'entreprise répond également de dommages causés à une tierce personne par des actes illicites de l'un de ses auxiliaires subordonné à elle par un contrat de travail (art. 55 CO). Dans ce cas, contrairement à la responsabilité des organes, qui exclut dès le début l'éventualité d'une preuve à décharge,<sup>188</sup> l'employeur peut se dégager de sa responsabilité s'il peut prouver 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.<sup>189</sup>

[117] On trouve une application concrète de la responsabilité des organes dans le droit des sociétés : la société anonyme répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter (art. 722 CO). De plus, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs (art. 754, al. 1 CO).

---

<sup>187</sup> ATF 114 V 218 consid. 4e ; cf. ATF 117 II 570, 571 E. 3 ; 81 II 223, 226 s consid. 1b.

<sup>188</sup> HEINZ HAUSHEER /REGINA AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2008, p. 318.

<sup>189</sup> ROLAND BREHM, *Berner Kommentar*, Bd. VI/1/3/1, *Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, art. 41-61 OR, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2006, ann. 33.

[118] Il existe également d'autres normes établissant une responsabilité de l'entreprise dans certaines lois spécifiques. Ainsi, lorsqu'un produit défectueux cause la mort d'une personne ou provoque chez elle des lésions corporelles, ou un dommage à une chose, le producteur peut avoir à répondre de ce dommage en vertu de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (cf. art. 1 LRFP).<sup>190</sup> Et il en va de même pour certains cas prévus par la LCD<sup>191</sup> et soumis au code de procédure civile.

[119] Si une entreprise porte atteinte à un droit humain par un acte illicite d'un de ses organes ou auxiliaires, la victime peut donc agir directement devant la justice civile contre l'entreprise. Il peut s'agir par exemple d'une violation de la sphère privée par l'usage ou la transmission illicite de données privées, ou bien d'une discrimination salariale basée sur le sexe, ou encore d'une résiliation abusive de contrat de travail pour des raisons en lien avec un droit protégé par la Constitution (t. q. liberté de conscience et de croyance, d'opinion ou de réunion).

#### 1.4.2. Procédure

[120] Au niveau cantonal, les litiges civils sont régis par le Code de procédure civile suisse, et au niveau fédéral par la Loi sur le Tribunal fédéral. La compétence à connaître des faits est généralement réglemtée au niveau cantonal ; nombre de cantons possèdent à cet effet, en plus des chambres civiles ordinaires, des tribunaux spécialisés tels que conseils de prud'hommes ou tribunaux de commerce.

[121] Sauf exceptions rares, la procédure civile au fond est généralement précédée d'une tentative de conciliation devant une autorité de conciliation (art. 197 CPC), dans la mesure où les parties peuvent déterminer l'objet des négociations (maxime de dispositions). Cette procédure consiste en une négociation de conciliation parfois exigée par la loi, et pendant laquelle les parties tentent de résoudre leur litige à l'amiable sous la direction d'un juge (art. 201 CPC). L'autorité cantonale décide si la tentative de conciliation doit avoir lieu sous l'égide d'un tribunal de première instance ou d'une autorité de conciliation (art. 3 CPC). Sur demande des communes, cette procédure habituelle peut être remplacée par une procédure de médiation, qui consiste en une discussion menée entre les parties sous l'égide d'un modérateur qui, contrairement à la tentative de conciliation, ne proposera pas lui-même de solution (art. 213 ss CPC).

[122] Le jugement en première instance peut généralement être attaqué en appel devant une Cour suprême cantonale dotée du plein pouvoir d'examen (art. 308 ss CPC). Les jugements non recevables peuvent être attaqués par le moyen extraordinaire du recours (art. 319 ff CPC). A part quelques exceptions, le droit fédéral exige cette double voie d'instance au niveau cantonal avant de pouvoir faire passer un jugement en recours civil au Tribunal fédéral (art. 75 LTF). Celui-ci ne peut connaître des affaires patrimoniales qu'au-dessus d'une valeur litigieuse de 30.000 francs, et des affaires du droit du travail ou de bail seulement au-dessus de 15.000 francs, dans la mesure où elles n'impliquent pas de question juridique fondamentale. En ce qui concerne l'atteinte aux droits constitutionnels, le Tribunal fédéral peut con-

---

<sup>190</sup> Loi fédérale du 18 juin 1993 sur la responsabilité du fait des produits (RS 221.112.944, état le 1<sup>er</sup> juillet 2010).

<sup>191</sup> Voir ci-après, § [133].

naître des recours constitutionnels contre des décisions cantonales (art. 113 ss LTF), là aussi en dernière instance.

#### 1.4.3. Coûts

[123] Le tribunal peut exiger une avance du demandeur, à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC), et dans certaines circonstances, celui-ci doit, sur requête du défendeur, fournir des sûretés en garantie du paiement des dépens (art. 99 CPC). Ce versement d'avances et sûretés est même une des conditions pour que le tribunal entre en matière (art. 59, al. 2 let. f CPC). A la fin, frais judiciaires et dépens sont mis à la charge de la partie succombante. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause (art. 106, al. 2 CPC).

[124] Cette situation (montant à verser d'avance et garanties de paiement ainsi que le risque de porter la totalité des frais en cas de perte) pourrait constituer un frein à l'accès effectif au recours. Néanmoins, l'art. 29, al. 3 de la Constitution fédérale garantit tout de même que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Il est vrai que pour faire valoir ce droit, un requérant doit faire la preuve de son incapacité à porter les dépens et frais judiciaires de sa cause sans faire appel à des moyens nécessaires pour couvrir les besoins primaires de sa famille et de lui-même.<sup>192</sup> Et en cas de perte du procès, la partie concernée n'est pas déchargée de son obligation de verser une indemnité à la partie adverse (art. 118, al. 3 und 122, al. 1 let. d CPC).

#### 1.4.4. Administration des preuves

[125] Dans le domaine d'application de la maxime de négociation, l'administration des preuves incombe aux seules parties, qui doivent étayer leurs affirmations par des preuves. Selon l'art. 8 CC, chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Et en plus de ce fardeau subjectif de la preuve, les parties sont également tenues de collaborer à l'administration des preuves en vertu de l'art. 160 CPC, c'est-à-dire qu'elles (doivent faire des dépositions conformes à la vérité (al. 1 let. a)) et produire les titres requis dont elles disposent (obligation de fournir des preuves en situation procédurale, al. 1 let. b), dans la mesure où la partie requérante est parvenue à en livrer une description suffisante en forme et en contenu.<sup>193</sup>

[126] Lorsque des individus saisissent la justice civile contre une entreprise, ils peuvent éprouver des difficultés à obtenir certaines preuves, par manque d'accès à la documentation interne et aux archives pertinentes de l'entreprise. C'est là que l'obligation de fournir des preuves, ci-dessus décrite, peut se révéler utile. Mais cette difficulté n'est pas le seul obstacle auquel se heurtent les individus ; ce qui constitue régulièrement un autre problème, c'est le déséquilibre en matière de ressources financières, de niveau d'information ou de compétence technique ou juridique, sans parler bien sûr de la situation de dépendance et de

---

<sup>192</sup> ATF 125 IV 161 consid. 4, p. 164.

<sup>193</sup> Cf. MARKUS BERNI, Art. 160, p. 648 s, dans : Baker & McKenzie (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Berne 2010, p. 645-651.

pression psychologique qui peut résulter d'une situation d'emploi entre la partie requérante et la défenderesse. Afin de pallier ces déséquilibres considérables dans l'administration des preuves, il pourrait être envisageable de baisser le niveau de preuve exigible du requérant et d'inverser le fardeau de la preuve à la charge de l'entreprise.<sup>194</sup> Afin de tenir compte de cette inégalité entre les parties, la loi sur l'égalité (LEg)<sup>195</sup> allège dans certaines circonstances l'obligation de fournir des preuves : l'existence d'une discrimination est ainsi présumée pour autant que la personne qui s'en prévaut la rende vraisemblable (art. 6 LEg).

#### 1.4.5. Actions collectives et actions intentées par des associations

[127] Afin de pouvoir ester en justice ou de faire saisir la justice par un représentant contractuel, la partie requérante doit en général faire valoir un droit qui lui est propre. Il est donc en général impossible d'intenter une action en justice au nom d'un tiers. Cependant, l'ordre juridique peut prévoir des instruments de procédure civile qui permettent de garantir des droits collectivement. Ces instruments ont deux avantages. D'une part, ils permettent de pallier un déficit de protection juridique en réduisant les risques de procédures et en répartissant les dommages sur un groupe relativement nombreux de personnes concernées là où, dans les faits, rares seraient ceux qui saisiraient effectivement la justice par peur des risques de procédure<sup>196</sup> (ce qui arrive souvent lorsque la partie défenderesse est une grande entreprise ou un groupe important). D'autre part, ces instruments permettent d'agir plus économiquement puisqu'ils opèrent des synergies et déchargent les tribunaux en regroupant les plaintes.<sup>197</sup>

[128] Le Code de procédure civile suisse a conçu ici particulièrement l'action intentée par des associations ou action d'organisations (art. 89 CPC), qui stipule que les associations et autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe. Ce même type d'instrument est repris à l'art. 7 LEg ainsi que dans d'autres lois spécifiques.<sup>198</sup> Les associations qui ont pour tâche, en vertu de leurs statuts, de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes ou de défendre les intérêts des travailleurs, ont qualité pour agir en tant qu'association lorsqu'il apparaît qu'une entreprise atteint aux droits non pas d'un seul individu, mais d'un groupe d'individus. L'action peut être une action en cessation, en réparation ou en constatation, mais non pas en prestation. Ainsi, le tribunal saisi peut donc constater une discrimination salariale systématique, mais non pas condamner l'entreprise incriminée à verser la différence avec les salaires légaux.<sup>199</sup> Pour obtenir ces versements a posteriori, chaque personne concernée devra ensuite agir individuellement en justice.

[129] Il ne faut pas confondre l'action d'organisations avec l'action collective (*class action*), bien connue par exemple du droit américain. Dans cette seconde constellation, les questions

---

<sup>194</sup> Cf. CIJ, Home State Duty 2010, p. 35.

<sup>195</sup> Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre hommes et femmes (Loi sur l'égalité), RS 151.1.

<sup>196</sup> DOMEJ, p. 421 s.

<sup>197</sup> Ibid.

<sup>198</sup> Ainsi l'art. 56 de la loi sur les marques (MSchG) et l'art. 10 al. 2 let. a et b LCD pour les associations professionnelles et les associations économiques ainsi que les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.

<sup>199</sup> Cf. ATF 86 II 18 E.2 S. 21 ss ; ATF 114 II 345 E.3b S. 347.

en droit et en fait sont fixées et réglées de manière unifiée et contraignante pour toutes les parties, même celles qui ne participent pas directement au procès, sauf en cas d'*opting out*, où une partie s'exclut explicitement du groupe. Il n'est pas nécessaire de prouver complètement chaque dommage individuel causé par un comportement de l'entreprise ; il suffit que le tribunal soit convaincu de l'appartenance de l'individu au groupe lésé – ce qui allège considérablement le fardeau de la preuve pour le requérant. Egalement, encouragées par la répartition des frais de procédure, les personnes lésées se montreront plus prêtes à entamer une action puisqu'elles courent un risque moindre dans ce domaine. Cependant, le nouveau code de procédure civile n'a pas tenu à introduire dans le droit suisse ce concept issu de la tradition américaine, entre autres parce que la conception juridique européenne n'a pas encore intégré l'idée que quelqu'un puisse défendre les droits d'un grand nombre d'individus, avec des effets contraignants, sans que lesdits individus ne participent au procès en tant que parties.<sup>200</sup> D'autant plus que lorsque l'action collective atteint une envergure considérable, il est même possible de restreindre le droit des parties à être entendues individuellement. Enfin, le Conseil fédéral a justifié son refus de l'action collective en révision en invoquant les problèmes qui peuvent se poser à la répartition de la somme obtenue en réparations en cas de résultat positif, et les procédures ultérieures qui viennent fréquemment se greffer sur l'affaire dans ce type de contexte, ainsi que le risque d'abus de la procédure dans le but de faire plier les entreprises.<sup>201</sup>

[130] En procédure civile suisse, lorsque plusieurs individus lésés souhaitent agir conjointement en justice pour réclamer une prestation positive, t.q. des dommages-intérêts, ils doivent avoir recours à la consorité ou au cumul d'actions objectif. La consorité simple, qui permet à plusieurs parties d'agir ou d'être actionnées conjointement contre un tiers (art.71 CPC), peut se révéler avantageuse dès lors qu'il peut être intéressant de faire jouer des synergies dans l'obtention et la production des preuves, que l'on peut y gagner dans le calcul de la somme litigieuse.<sup>202</sup> Cependant, les consorts restant autonomes dans leurs actions procédurales,<sup>203</sup> la complexité et la lourdeur de la procédure augmentent très rapidement avec le nombre des parties impliquées. Cet instrument n'est donc pas adapté à des affaires comptant un grand nombre de parties lésées. En revanche, le cumul d'actions objectif (art. 90 CPC) permet de réunir dans la même action plusieurs prétentions contre le même défendeur. Ainsi, si plusieurs individus sont atteints dans leurs droits par une seule entreprise, ils pourraient céder leurs prétentions individuelles à une association qui pourrait les faire valoir conjointement.<sup>204</sup>

[131] En guise de conclusion, on peut dire que si l'action d'organisations telle qu'elle existe en droit suisse constitue, avec la consorité simple et le cumul d'actions, un moyen adéquat pour *étendre* les garanties juridiques individuelles, elle ne peut pas – pas plus que l'action collective sur le modèle du droit américain – *remplacer* l'accès individuel à une procédure équitable et indépendante. Car en fin de compte, on peut dire qu'un accès aux mécanismes de recours est effectif lorsque la personne lésée a la possibilité de faire valoir ses droits elle-

---

<sup>200</sup> Conseil fédéral, Message procédure civile 2006, p. 7290.

<sup>201</sup> Ibid., p. 7290.

<sup>202</sup> DOMEJ, p. 428 s.

<sup>203</sup> ERNST STAHELIN/SILVIA SCHWEIZER, Art. 71, p. 531, dans : Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zurich 2010, p. 527 ss.

<sup>204</sup> Cependant, ce cas de figure n'est pas pratiqué en Suisse, cf. DOMEJ, p. 429 s.

même. Un système qui permettrait aux individus de bénéficier des garanties juridiques uniquement via une association devrait donc être qualifié d'insuffisant.

[132] Récemment, une évolution est survenue dans cette question de l'exercice collectif des droits en Suisse, suite à la parution d'un rapport du Conseil fédéral qui suggère des mesures possibles pour pallier l'insuffisance des instruments existants en cas de dommages collectifs et diffus.<sup>205</sup> Il s'agirait principalement, d'une part, d'améliorer ce qui peut l'être dans l'éventail d'instruments disponibles actuellement,<sup>206</sup> et d'autre part, d'introduire de véritables instruments généralement destinés à faire valoir des droits collectivement<sup>207</sup>. Reste à savoir dans quelle mesure ces options vont effectivement prendre forme dans les projets concrets de modification législative.

## 1.5. Droit de la concurrence

[133] Lorsqu'un employeur n'observe pas les conditions de travail légales ou contractuelles qui sont également imposées à la concurrence ou qui sont conformes aux usages professionnels ou locaux, il y a comportement déloyal au sens de l'art. 7 LCD, si ce comportement crée une distorsion des rapports entre les concurrents – ainsi dans le cadre d'un marché public – ou des rapports entre fournisseurs et acheteurs. Cette disposition vise à lutter contre le dumping social. Toute personne menacée ou touchée dans ses intérêts économiques par un comportement de ce type, qualifié de déloyal par la loi, peut agir en justice pour faire interdire, cesser ou constater l'atteinte, et peut également intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain (art. 9 LCD). En outre, dans certaines circonstances, les actions peuvent également être intentées par des clients (art. 10, al. 1 LCD), des associations professionnelles ou économiques, des organisations de protection des consommateurs (al. 2) ou la Confédération (al. 3). Par contre, les employé(e)s ne sont pas activement légitimés à faire usage de cette disposition<sup>208</sup>, et de plus, les violations intentionnelles de l'art. 7 LCD ne tombent pas sous le coup de la peine prévue à l'art. 23 de la même loi. Ainsi, tant que ce comportement ne constitue pas une autre infraction pénale, il ne sera pas punissable.

## 1.6. Faits en rapport avec l'étranger

### 1.6.1. Étendue de l'obligation de protéger incombant à l'État

[134] Alors que les mécanismes de recours sont largement bien réglés lorsque les atteintes aux droits fondamentaux incriminées se sont déroulées sur le territoire du pays, la situation

---

<sup>205</sup> Conseil fédéral, Exercice collectif des droits en Suisse (2013), p. 55 ss.

<sup>206</sup> Le Conseil fédéral suggère en particulier des améliorations dans les réglementations actuelles sur les frais de procédure, une extension de l'applicabilité de l'action des organisations (pour aller au-delà des simples atteintes aux droits de la personnalité et inclure la possibilité de faire valoir des prétentions à réparation) ainsi que l'introduction d'un droit préalable à paiement pour les actionnaires requérants, pour des dommages de moyenne envergure, en cas d'action en responsabilité en droits des actions ; cf. *ibid.*, p. 56 s.

<sup>207</sup> Sont envisagées ici, d'une part, l'introduction de procédures pilotes ou de tests pour faire valoir des droits en cas de dommages collectifs, et d'autre part différentes formes d'actions groupées (actions groupées relèvent purement du consentement express – opting-in – ou procédures permettant à des groupes de transiger en justice) ; cf. *ibid.*, p. 57.

<sup>208</sup> JUNG, Art. 7 UWG, p. 629 ann. 1.

réglementaire est nettement moins claire lorsque tout ou partie des faits se sont produits à l'étranger. Or, le nombre des entreprises transnationales va croissant, et nombre d'entre elles ont des sites de production et de filiales à l'étranger, entre autres dans des pays en développement, dotés de normes sociales et écologiques moins sévères. Ceci pose un certain nombre de questions. Car c'est justement dans ces pays, qui disposent d'une législation trop faible pour protéger leur population ou d'une administration insuffisante pour faire respecter les lois, que l'on risque particulièrement de causer des atteintes aux droits de l'homme qui ne seront pas poursuivies, indépendamment de la question de savoir qui les a causées. Dépendant des investissements étrangers, ces pays hôtes (*host countries*) ont souvent intérêt à conserver leur avantage en maintenant des conditions de production intéressantes. Mais lorsque celles-ci vont de pair avec l'abus des droits de l'homme, p. ex. l'inapplication des droits fondamentaux du travail définis par l'OIT, les victimes n'ont souvent pas la possibilité de recourir effectivement contre ces atteintes dans leur propre pays.

[135] C'est à partir de ce constat qu'a été soulevée la question de la responsabilité du pays siège ou pays d'origine de telles entreprises : ces pays sont-ils tenus de poursuivre les graves atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger, si les pays hôtes ne veulent pas remplir leurs obligations de protéger, soit pour des raisons économiques, soit pour des raisons politiques, ou s'ils ne sont pas en mesure de le faire ? Dans la perspective du droit public international, les États ont ici une certaine marge de manœuvre : ils peuvent certes légiférer pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises sises sur leur territoire, mais ils n'y sont pas encore généralement obligés. Jusqu'à présent, cette éventualité a seulement été envisagée dans certains cas exceptionnels, par exemple lorsque le pays hôte est ce qu'on appelle un *failed state* ou *failing state* (État défaillant ou État failli), c'est-à-dire un État dont les pouvoirs publics ne remplissent pas leurs fonctions.

[136] En ce qui concerne la Suisse, ses possibilités de mettre à disposition « volontairement » son système judiciaire pour connaître d'atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises à l'étranger vont plus loin que ce à quoi le droit public international l'oblige dans ce domaine.<sup>209</sup> Sans obligation relevant du droit interne ou du droit international public, il n'y a pas de fondement juridique qui permette d'agir en responsabilité contre l'État suisse pour atteintes à des droits de l'homme commises par des entreprises suisses à l'étranger, et non punies. Ainsi, toute plainte devra être dirigée contre l'entreprise elle-même, ce qui n'est pas toujours possible. Cela dépend de plusieurs facteurs pour la Suisse :

[137] D'une part, il convient d'établir dans quelle mesure une entreprise sise en Suisse s'est rendue coupable, elle-même ou via des filiales ou succursales sises à l'étranger, d'atteintes directes ou indirectes aux droits de l'homme. Et même lorsqu'on établit que c'est le cas, pour une entreprise suisse ou pour une de ses filiales sans personnalité morale autonome, il reste la question du for, qui doit être en Suisse. Lorsque sont impliquées des succursales étrangères, qui possèdent une personnalité morale, il n'est pas automatiquement possible de se retourner contre la société mère, même lorsqu'elle entretient des rapports commerciaux étroits avec les succursales incriminées. Avec la mondialisation des échanges, il devient de

<sup>209</sup> La Suisse peut du moins se déclarer compétente à chaque fois qu'il existe un rapport de droit interne, même lorsqu'il ne lui incombe aucune obligation de protection vis-à-vis de la victime. Cela pourrait être le cas lorsque les parties sont convenues d'un for situé sur le territoire suisse, ou pour des infractions pénales commises à l'étranger (art. 4-7 CP). Néanmoins, la Suisse prévoit aussi des tribunaux d'arbitrage pour les cas qui n'ont pas de rapport plus avancé avec la Suisse (cf. art. 176 ss LDIP), cf. STEFANIE PFISTERER/ANTON SCHNYDER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in a nutshell*, Zurich et al. 2010, p. 16.

plus en plus ardu de cerner précisément l'étendue de l'obligation de protéger incombant aux États. Les processus économiques, p. ex. les chaînes de production, ne se restreignent pas aux frontières des pays, alors que la forme juridique et la responsabilité de l'entreprise en tant que personne morale restent soumises au droit national.

### 1.6.2. Dispositions internationales

[138] Le concept d'extraterritorialité revêt des significations différentes selon que le débat est national ou international, et parfois même, il repose sur un malentendu. Dans le contexte qui nous occupe ici, il ne s'agit pas de dire que la Suisse, en tant que pays d'origine de sociétés internationales, s'immisce dans les affaires d'autres pays et ne respecte pas la souveraineté qui leur est garantie par le droit public international. Ce qu'il convient bien plutôt de demander, c'est si la Suisse peut poursuivre et punir les effets négatifs de l'activité des entreprises suisses à l'étranger (et même si elle doit le faire) par le biais de mesures à prendre sur son propre territoire.

[139] Pour la majorité des conventions internationales des droits de l'homme, le seuil d'application est celui de la souveraineté de juridiction (*jurisdiction*) des États.<sup>210</sup> Celle-ci constitue la condition préalable pour que s'appliquent les garanties figurant dans ces conventions ainsi que les obligations y afférentes de l'État concernant un individu ou une situation ; elle est donc conçue comme le rapport entre l'État partie et l'individu touché, au sens d'un pouvoir de commandement dont dispose celui-là sur celui-ci.<sup>211</sup> La souveraineté de juridiction part donc d'une conception fonctionnelle qui implique un contrôle effectif, général et normatif.<sup>212</sup> C'est pourquoi elle peut s'exercer à l'intérieur comme à l'extérieur des frontières nationales, mais en général, partant de la souveraineté territoriale de l'État sur son propre territoire, on considère qu'elle s'exerce à l'intérieur des frontières ; on l'accepte à l'extérieur des frontières uniquement dans certains cas exceptionnels. En conséquence, les garanties sont généralement appliquées à l'intérieur des frontières, rarement à l'extérieur, et ce dernier cas seulement dans certaines circonstances.<sup>213</sup> Là où un État n'exerce pas de pouvoir de souveraineté, il manque le rapport fondamental entre l'État et les individus, ce dont il découle que les droits de l'homme ne sont pas applicables.

[140] C'est dans cette mesure que la CEDH a statué, en ce qui concerne l'applicabilité territoriale de la Convention, que la juridiction d'un État est présumée s'exercer normalement sur son territoire.<sup>214</sup> À l'inverse, les obligations qui résultent de la Convention pour les États contractants s'exercent également normalement sur le territoire national ; les effets externes au territoire devraient être restreints par la souveraineté territoriale d'autres États et, par conséquent, nécessiter leur autorisation. C'est sur cette base qu'il convient d'interpréter

---

<sup>210</sup> BESSON, *passim* ; CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, 55721/07 (2011), point 130.

<sup>211</sup> BESSON, p. 863 s.

<sup>212</sup> Que ce contrôle soit conforme aux principes du droit international public ou non, là n'est pas la question ; car la conception fonctionnelle de la souveraineté de juridiction repose sur une autorité de fait. Cf. *ibid.*, p. 865 et 874 s.

<sup>213</sup> P. ex. la nationalité, le pavillon, les relations diplomatiques ou consulaires, le principe de personnalité ou d'universalité passif ou actif, cf. CEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001), point 59 ; ou enfin l'occupation d'un territoire, cf. BESSON, p. 862 et 876 s.

<sup>214</sup> CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, 55721/07 (2011), point 131 ss ; *Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001), point 59 ss ; *Soering c. Royaume Uni*, 14038/88 (1989), point 89.

l'art. 1 de la Convention, qui en définit le domaine d'application.<sup>215</sup> Néanmoins, il y a eu des cas exceptionnels où la Convention s'est vue reconnaître un effet extraterritorial ; ainsi p. ex. lorsqu'elle a été considérée comme applicable à l'occupation turque à Chypre,<sup>216</sup> aux prisons britanniques en Irak,<sup>217</sup> à l'intervention britannique en Irak,<sup>218</sup> aux mesures de contraintes opérées par les autorités françaises sur un navire colombien en pleine mer<sup>219</sup> ainsi qu'aux contrôles effectués sur les garde-côtes italiens sur des migrant(e)s d'origine somalienne ou érythréenne.<sup>220</sup> Dans d'autres situations en revanche, la plainte n'a pas été recevable (ainsi pour le bombardement de Belgrade par l'OTAN),<sup>221</sup> par manque d'un des éléments constitutifs de la souveraineté de juridiction, à savoir le contrôle général qui doit englober un nombre important de situations.<sup>222</sup>

[141] En tant qu'organe de contrôle du pacte ONU II, le Comité européen des droits de l'homme statue dans son Commentaire général n° 31, à propos du domaine d'application territoriale du Pacte, que les garanties qu'il contient ainsi que les obligations y afférentes incombant aux États ne s'appliquent pas seulement à tous les individus qui séjournent sur le territoire d'un État contractant, mais également à toute les personnes soumises à l'autorité de l'État contractant, même en-dehors de son territoire.<sup>223</sup> Dans ses observations finales du dernier rapport sur l'Allemagne, le Comité a invité l'Allemagne à appeler clairement toutes les entreprises sises sur son territoire ou soumises à son autorité de juridiction à prendre en compte dans leurs activités commerciales toutes les normes des droits de l'homme découlant du pacte.<sup>224</sup> En outre, le Comité invite également l'Allemagne à renforcer les mécanismes de recours existants pour protéger les personnes qui sont lésées à l'étranger par de telles entreprises. Mais dans les décisions de recours du Comité, on ne trouve pour l'instant aucun exemple d'application en ce qui concerne la réglementation des activités commerciales à l'étranger.

[142] En revanche, le Comité des Nations unies pour les droits économiques, sociaux et culturels a indiqué, dans son *Commentaire général* n° 14 sur le droit à la santé, ainsi que dans son *Commentaire général* n° 15 sur le droit à l'eau, que les États d'origine des entreprises ont des obligations en ce qui concerne la protection des citoyens étrangers, et que celles-ci se fondent sur l'obligation de coopération internationale. Ainsi les États contractants sont-ils tenus d'empêcher les entreprises de porter atteinte au droit à la santé<sup>225</sup> ou au droit à l'eau<sup>226</sup> des individus (et communautés) dans d'autres pays. Mais si ces *Commentaires* généraux du CESCR peuvent être considérés comme des aides d'interprétation pour mieux comprendre le

<sup>215</sup> CEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001), point 59 s.

<sup>216</sup> CEDH, *Loizidou c. Turquie*, 15318/89 (1996).

<sup>217</sup> CEDH, *Al-Saadoon c. Royaume Uni*, 61498/08 (2010).

<sup>218</sup> CEDH, *Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, 55721/07 (2011).

<sup>219</sup> CEDH, *Medvedyev c. France*, 3394/03 (2010).

<sup>220</sup> CEDH, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 27765/09 (2012).

<sup>221</sup> CEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001).

<sup>222</sup> Cf. BESSON, p. 873 ; CEDH, *Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001), point 71. Pour un aperçu des principaux cas de juridiction extraterritoriale de la CEDH, voir : CEDH, Factsheet Extraterritorial Jurisdiction 2012.

<sup>223</sup> Cf. MRA, General Comment No. 31 (2004), § 10.

<sup>224</sup> CDH, Observations finales Allemagne 2012, § 16.

<sup>225</sup> CESCR, Commentaire général n° 14 (2000), § 39.

<sup>226</sup> CESCR, Commentaire general n° 15 (2002) § 31 et 33.

Pacte, ils n'ont cependant aucune valeur juridiquement contraignante.<sup>227</sup> Quant au pacte ONU I, au-delà d'une obligation générale de coopération, il n'oblige à aucun moment les États à légiférer pour réglementer les comportements privés à l'étranger.<sup>228</sup> Mais au moins, de même que la CEDH, le CESCRC et la Cour internationale de justice considèrent que le pacte est applicable aux situations où un État exerce un contrôle effectif ou une autorité de juridiction sur un territoire étranger.<sup>229</sup>

[143] Si, comme nous l'avons vu, la jurisprudence en ce qui concerne l'applicabilité extraterritoriale de diverses conventions internationales est encore plutôt maigre, surtout dans le contexte des structures d'entreprises transnationales privées, il existe néanmoins d'autres sources qui peuvent se révéler utiles pour l'interprétation du droit international public. Tout d'abord, il convient de se référer au principe de personnalité active des États, qui leur permet d'exercer amplement leur juridiction sur les personnes morales qui se sont constituées sous l'égide de leur droit national.<sup>230</sup> D'après cette théorie dite de l'incorporation, une entreprise fondée en Suisse selon le droit suisse est soumise à l'autorité de juridiction de l'État suisse. D'un autre côté, le principe de non-intervention cher au droit international public devrait permettre à un État hôte de réglementer lui-même la vie économique et commerciale qui se développe sur son territoire ; c'est donc à lui, dans le cadre de l'obligation de protéger qui lui incombe, d'empêcher des tiers – y compris des entreprises étrangères – d'atteindre aux droits d'individus placés sous sa juridiction. Dans cette mission, il peut être soutenu par l'État d'origine de l'entreprise qui l'aidera à résorber les atteintes aux droits de l'homme. Enfin, et inversement, ce dernier n'a pas le droit d'aider ou assister l'État hôte lorsque celui-ci porte atteinte aux droits de l'homme. Cette interdiction d'aide ou d'assistance, consignée dans l'art. 16 du Projet d'articles de la CDI sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, est reconnue en droit coutumier et serait applicable dans les cas où l'État d'origine de l'entreprise soutient l'État hôte, sciemment et dans une mesure non négligeable, dans le non-respect de ses obligations de protection.<sup>231</sup>

[144] Ceci est souvent valable pour les pays en développement riches en matières premières, fréquemment déchirés par des conflits externes et dont les pouvoirs publics sont affaiblis dans leur gouvernance : il n'est pas rare que l'État hôte y tolère ou même soutienne des atteintes aux droits de l'homme, par exemple en offrant un soutien militaire à des milices de sécurité privées souvent impliquées dans des violations. Certes, le principe de non-intervention s'applique là où l'État d'origine soutient des violations commises par l'entreprise *contre la volonté* de l'État hôte, par exemple en les finançant.<sup>232</sup> Mais en cas de mauvaise gouvernance dans l'État hôte, le droit international public n'offre aucun mécanisme efficace.

[145] Cependant les conventions relevant du droit international public ne sont pas les seuls instruments pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations extraterritoriales des États vis-à-vis des individus – en particulier en ce qui concerne les mécanismes de recours.

---

<sup>227</sup> Cf. BERNSTORFF, p. 20 s.

<sup>228</sup> Ibid., p. 22.

<sup>229</sup> Cf. CESCRC, Observations finales Israël 2003, § 31 ; CIJ, Avis consultatif 2004, § 112.

<sup>230</sup> BERNSTORFF, p. 25 ; cf. KARL DOEHRING, *Völkerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg 2004, p. 356.

<sup>231</sup> Pour le détail des conditions, voir BERNSTORFF, p. 26 s.

<sup>232</sup> Ainsi, la CIJ a statué en 1986 que les États-Unis, en soutenant financièrement la rébellion au Nicaragua, n'avaient pas manqué au principe d'interdiction de la violence, mais qu'en revanche ils avaient violé le principe de non-intervention. CIJ, Nicaragua 1986, p. 119, § 228.

D'autres outils existent qui reflètent les évolutions dans ce domaine, et même parfois les font avancer.

[146] Ainsi, les principes directeurs adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, qui invitent les États à énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire et/ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités (principe 2). Ils appellent en outre les États d'origine des entreprises à jouer un rôle lorsque des entreprises commettent des atteintes aux droits de l'homme, et si le système juridique du pays hôte fait défaut dans ce domaine. Ceci est particulièrement essentiel dans les zones touchées par des conflits, où la situation est souvent déplorable en ce qui concerne les droits de l'homme (principe 7). Par ailleurs, les entreprises sont invitées prévenir ou atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme qui sont directement liées à leurs activités, produits ou services par leurs relations commerciales, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences (principe 13). Enfin, les entreprises doivent se conformer à toutes les lois applicables et respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, où qu'elles opèrent (principe 23).

[147] Même teneur dans les principes directeurs de l'OCDE, dont les États parties encouragent les entreprises opérant sur leur territoire à respecter les Principes directeurs partout où elles exercent leurs activités, en tenant compte de la situation particulière de chaque pays d'accueil.<sup>233</sup> On entend par là également, dans la mesure du possible, les activités de la chaîne d'approvisionnement, d'autant plus que cette dernière peut tout à fait être influencée par l'entreprise qui peut faire jouer son pouvoir de négociation.<sup>234</sup> Celle-ci doit par conséquent s'efforcer de prévenir et d'atténuer les incidences négatives sur les droits de l'homme directement liées à ses activités commerciales, ses biens ou ses services en raison d'une relation d'affaires avec une autre entité, même si elle ne contribue pas à ces incidences.<sup>235</sup> Et indépendamment du pays dans lequel s'exercent ces activités commerciales, doivent être respectés au minimum la DUDH, les deux pactes de l'ONU et la Déclaration de l'OIT de 1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail.<sup>236</sup>

[148] Sur la question de l'extraterritorialité, l'Université de Maastricht a publié en septembre 2011, en coopération avec la Commission internationale des juristes (CIJ), un texte intitulé *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels*<sup>237</sup> - texte qui, bien qu'il se base partiellement sur la reconnaissance de la communauté internationale<sup>238</sup>, ne revêt aucun caractère juridiquement obligatoire. D'après ces principes, les États doivent respecter, protéger et mettre en œuvre les droits de l'homme, à la fois sur et en dehors de leur territoire.<sup>239</sup> Ils doivent

<sup>233</sup> OCDE, Principes directeurs 2011, p. 19, § 3.

<sup>234</sup> Ibid., p. 28 s, § 21.

<sup>235</sup> Ibid., p. 37, préliminaire n° 3 du chap. IV.

<sup>236</sup> Ibid., p. 38, § 39.

<sup>237</sup> Les principes de Maastricht ont été élaborés par des experts de toutes les régions du monde, dont certains membres actuels et passés des organes des conventions internationales, des organismes européens des droits de l'homme ainsi que d'anciens et actuels rapporteurs spéciaux du CDH des Nations Unies.

<sup>238</sup> En particulier, sur la déclaration et le programme d'action adoptés en 1993 à Vienne, à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur les droits de l'homme, et signés par 171 États ; ainsi que sur d'autres documents dans lesquels la communauté internationale a plusieurs fois formulé son attachement aux droits économiques, sociaux et culturels.

<sup>239</sup> Principes de Maastricht, §§ 3, 4, 8 et 9.

aussi, entre autres, prendre les mesures nécessaires afin de s'assurer que les acteurs non étatiques tels que sociétés ou groupes internationaux ne rendent pas impossible ou ne nuisent pas à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels.<sup>240</sup> Enfin, ils doivent fournir une assistance internationale afin de contribuer à la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels dans d'autres États.<sup>241</sup> En cas de violation de ces dispositions, ils se placeraient en rupture de leurs obligations en matière de droits de l'homme, engageant par là-même leur responsabilité.<sup>242</sup>

[149] Ainsi, faute d'un code international véritablement contraignant pour la responsabilité des entreprises transnationales en matière de droits de l'homme, on ne peut actuellement que faire usage du droit national (ou régional). Divers instruments et organismes appellent les États à éviter de produire des obligations qui placeraient les entreprises internationales dans des situations d'incompatibilité entre plusieurs réglementations nationales différentes.<sup>243</sup>

### 1.6.3. Situation juridique concernant les activités des entreprises à l'étranger

[150] Lorsqu'une entreprise a des filiales – c'est-à-dire des sociétés soumises à la direction unique de la tête de groupe – elle constitue une unité juridique avec les dites filiales. L'entreprise répond donc, en principe, également des infractions commises par ses filiales à l'étranger.

[151] La compétence des tribunaux suisses en droit civil résulte d'éventuelles conventions bi- ou multilatérales dans ce domaine, ou (là où aucune convention de ce type n'est applicable à un cas de figure précis) de la LF sur le droit international privé (LDIP).<sup>244</sup> Le texte pertinent dans ce contexte est la Convention de Lugano (CL),<sup>245</sup> qui s'applique en matière civile et commerciale (art. 1), dans la mesure où – sous réserve de quelques exceptions telles que celles visées à l'art. 16 CL – la partie défenderesse est domiciliée dans l'un des États contractants et un autre élément international intervient, comme p. ex. le siège de la partie demanderesse dans un autre pays.<sup>246</sup> Une société ou personne morale est considérée comme domiciliée là où se trouve son siège statutaire, son administration centrale ou son

---

<sup>240</sup> Principes de Maastricht, § 24. Ces mesures doivent être prises lorsque le dommage ou le risque de dommage trouve son origine ou a lieu sur son territoire (et dans le cas d'une entreprise, si la société, ou la société mère ou dominante de celle-ci, dispose de son cœur d'activité dans l'État concerné, y est immatriculée ou domiciliée, ou lorsqu'il y a un lien raisonnable entre l'État concerné et le comportement qu'il cherche à réglementer, ou lorsque le comportement en question de l'acteur non étatique est soumis à la juridiction universelle (§ 25).

<sup>241</sup> Principes de Maastricht, §§ 33 et 34.

<sup>242</sup> Principes de Maastricht, §§ 11 et 13.

<sup>243</sup> Ainsi p. ex. dans l'annexe 2 de la Déclaration de l'OCDE de 1976 sur l'investissement international et les sociétés multinationales, qui se penche sur les obligations contradictoires politiques-  
(<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/investissement/lesobligationscontradictairesimposeesauxentreprisesmultinationales.htm>) (consulté le 29 juillet 2013).

<sup>244</sup> Cf. LF du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291, état le 1<sup>er</sup> juillet 2013).

<sup>245</sup> Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL), conclue à Lugano le 30 octobre 2007, en vigueur pour la Suisse depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 (RS 0.275.12). Les États contractants sont la Suisse, les membres de l'Union européenne, l'Islande et la Norvège.

<sup>246</sup> Cet autre élément international est considéré comme donné même si la partie demanderesse a son siège dans un État non partie à la CL ; cf. entre autres ATF 135 III 185 consid. 3.3, p. 189 s.

principal établissement (art. 60). La Convention de Lugano est régulièrement appliquée en Suisse en cas d'actions en justice contre des sociétés suisses, car elle intervient en fonction du siège de la partie défenderesse.

[152] Lorsque la CL est applicable, les juridictions compétentes sont celles de l'État dans lequel est domiciliée la partie défenderesse (art. 2). Cependant une personne domiciliée sur le territoire d'un État lié par la présente Convention peut être atraite, dans un autre État lié par la présente, en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée (art. 5, al. 1 let. a), et en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 5, al. 3). Egalement, lorsqu'un contrat individuel de travail est conclu avec un employeur qui n'est pas domicilié dans un État lié par la présente Convention mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État lié par la présente Convention, l'employeur est considéré, pour les contestations relatives à leur exploitation, comme ayant son domicile dans cet État. (art. 18 ; cf. également art. 5, al. 5). Il peut être attrait devant les tribunaux de l'État où il a son domicile ou devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 19). Parallèlement, un consommateur peut porter une action contre l'autre partie au contrat soit devant les tribunaux de l'État sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié (art. 16). Est alors appliqué le droit qui résulte des dispositions internes à l'État compétent – dans le cas de la Suisse, c'est donc la LDIP qui est appliquée.<sup>247</sup>

[153] Dans les situations qui ne correspondent ni en fait, ni en temps, ni en personne ou lieu aux critères d'applicabilité de la CL ou d'une autre convention internationale, la compétence résulte de la LDIP. Si le défendeur n'est pas domicilié en Suisse, la LDIP exige un « lien suffisant » avec un lieu situé en Suisse, pour justifier la compétence des autorités judiciaires suisses.<sup>248</sup> Pour les actions formées pour acte illicite, le for peut être la résidence habituelle du défendeur ou le lieu de l'acte ou du résultat (art. 129 LDIP). Pour les actions relatives à un contrat de travail, cela peut être le domicile du défendeur, mais aussi le lieu dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 115, al. 1 LDIP).<sup>249</sup>

[154] Sous réserve d'une élection du droit du for (art. 132 LDIP), le droit applicable en matière délictuelle est celui de la résidence habituelle des deux parties, ou lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même État, le droit de l'État dans lequel l'acte illicite a été commis (art. 133 LDIP).<sup>250</sup> Lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé (par exemple un contrat de travail), les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique (art. 133, al. 3 LDIP). Or un contrat de travail est régi par le droit de l'État dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail (art. 121, al. 1 LDIP).<sup>251</sup> Mais on ne peut pas appliquer le droit étranger si

<sup>247</sup> Ceci concerne également la compétence à l'intérieur de la Suisse, qui résulte de la LDIP et non pas de la CPC (PORTMANN/STÖCKLI, p. 276).

<sup>248</sup> Art. 2 LDIP (Compétence générale) et art. 3 LDIP (For de nécessité).

<sup>249</sup> Le for peut également résulter, entre autres, de l'art. 5 LDIP (élection de for), de l'art. 8 (demande reconventionnelle), de l'art. 8a (consortité et cumul d'actions), et de l'art. 112 al. 2 (action jugée au lieu où le défendeur a un son établissement, lorsqu'elle est relative à une obligation découlant de l'exploitation de cet établissement). Cf. PORTMANN/STÖCKLI, p. 276.

<sup>250</sup> Si le lieu de l'action et celui du résultat d'un acte illicite sont situés dans le même État, ou si l'acteur ne devait pas partir du principe que le résultat intervienne dans un autre État, le for sera celui du lieu de l'action et non pas du résultat.

<sup>251</sup> Les parties peuvent soumettre le contrat de travail au droit de l'État dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle

cela produit un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP), lequel comprend obligatoirement les normes fondamentales du droit international public – et donc, logiquement, les droits de l'homme.<sup>252</sup> Sont réservées également les dispositions impératives du droit suisse qui sont toujours applicables en raison de leur but particulier (art. 18 LDIP).<sup>253</sup>

[155] En conséquence, les tribunaux suisses sont généralement compétents pour connaître des actions civiles intentées en matière de droits de l'homme contre des sociétés domiciliées en Suisse – et ce, aussi bien en vertu de la CL que de la LDIP.<sup>254</sup> Puisque dans deux cas, les lieux pertinents sont en territoire étranger – acte illicite : lieu où a été commise l'atteinte ; violation du droit du travail : lieu où l'employé exerce habituellement son travail – il convient d'appliquer généralement, selon la LDIP, le droit du pays hôte, à savoir un droit étranger. Sauf, exceptionnellement, lorsque l'application des normes en question ne serait pas conforme à l'ordre public suisse ou si les normes en question doivent céder la place au droit suisse obligatoirement applicable.

[156] En matière pénale, les autorités judiciaires suisses sont habilitées à juger les affaires en lien avec l'étranger selon les dispositions des art. 3 ss CP. La compétence territoriale est donc donnée pour tous les crimes ou délits commis en Suisse (principe de territorialité, art. 3 CP). Suivant le principe du lieu de commission (art. 8 CP), l'acte punissable est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit, ce qui signifie que les filiales d'une société sises à l'étranger ne doivent répondre de leurs atteintes aux droits de l'homme, le cas échéant, qu'exceptionnellement devant des tribunaux suisses.<sup>255</sup> Ce qui est difficile à trancher, c'est la question de savoir si des décisions prises au siège principal de l'entreprise et pouvant mener à des atteintes aux droits de l'homme à l'étranger, peuvent être réputées commises en Suisse.

[157] Ce principe de territorialité connaît cependant des exceptions, prévues dès le CP ; celles-ci peuvent jouer un rôle intéressant dans la poursuite d'atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises à l'étranger. Ainsi, les infractions que la Suisse s'est engagée à poursuivre en vertu d'un accord international tombent territorialement sous le coup du CP, dans la mesure où l'acte est également réprimé à l'endroit où il a été commis et où son auteur se trouve en Suisse (principe de la compétence pénale déléguée, art. 6 CP).<sup>256</sup>

---

(art. 121 al. 3 LDIP). Le siège est décisif pour déterminer aussi bien le domicile que l'établissement d'une société (art. 21 al. 1 et 4 LDIP).

<sup>252</sup> Cf. Message du 28 novembre 2007 concernant le traité d'entraide judiciaire entre la Suisse et le Chili, FF 2008 75, p. 113 ; ATF 130 II 217 consid. 8.8 et 131 II 228 consid. 3.3 concernant le rejet d'une demande d'entraide judiciaire pour menace de peine de mort à Taiwan ; FRANK VISCHER, Art. 17, dans : Daniel Girsberger et al. (éd.), Zürcher Kommentar zum LDIP, 2<sup>e</sup> éd., Zurich et al. 2004, p. 253-270, p. 260, ann. 19 s.

<sup>253</sup> Autres réserves : s'il y a eu élection de droit ; si le droit étranger renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger (art. 14 LDIP) ; s'il est manifeste que la cause se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (art. 15 LDIP) ; si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi (art. 16 al. 2 LDIP).

<sup>254</sup> Pour déterminer la compétence des juridictions suisses, la CL va même plus loin que le simple examen du siège d'une société ou d'une personne morale (contrairement à la disposition correspondante dans la LDIP) puisqu'elle englobe aussi, en plus du siège statutaire, également le lieu de l'administration centrale ou établissement principal, et même parfois, pour les prétentions découlant de contrats de travail individuels, les agences, succursales ou autres établissements.

<sup>255</sup> Voir en détail TRECHSEL, Art. 8.

<sup>256</sup> Dans certaines circonstances précises, il y a même compétence des tribunaux suisses pour une infraction commise à l'étranger et dirigée spécifiquement contre l'État (principe de la protection de l'État, art. 4 CP) ou contre des mineurs (art. 5 CP).

En outre, le Code pénal suisse est applicable, d'après l'art. 7, al. 1 CP, aux actes commis pour ou contre un ressortissant suisse à l'étranger (principe de personnalité actif ou passif), dans la mesure où l'infraction est punissable sur le lieu où elle a été commise (ou si celui-ci n'est soumis à aucune autorité de juridiction pénale) et si l'auteur se trouve en Suisse (ou lui a été remis en raison de l'acte commis), et inversement, s'il n'a pas été extradé de Suisse.<sup>257</sup> Lorsque ni la victime ni l'auteur ne sont de nationalité suisse, mais si l'auteur se trouve en Suisse et n'a pas été extradé, c'est l'art. 7, al. 2 let. a qui légitime la compétence pénale de l'État suisse. Enfin, en ce qui concerne la poursuite d'atteintes aux droits de l'homme dans le cadre d'activités commerciales, est également pertinent l'art. 7, al. 2 let. b., qui exprime le principe du droit universel, selon lequel certains crimes particulièrement graves proscrits par la communauté internationale peuvent être jugés en Suisse même si aucune des parties n'a la nationalité suisse.<sup>258</sup>

[158] Ainsi, éventuellement, si une entreprise domiciliée en Suisse commet des atteintes punissables contre les droits de l'homme ou y contribue, les responsables peuvent se voir poursuivre en Suisse, aux conditions nommées.<sup>259</sup> S'il est impossible de les identifier clairement, l'entreprise peut être poursuivie globalement, en vertu de l'art. 102 CP. Dans ce cas, pour les procédures qui en résultent, ce sont les autorités du lieu où l'entreprise a son siège qui sont compétentes (art. 36, al. 2 CPP). Cependant, pour consolider l'interprétation conjointe des art. 3 ss et de l'art. 102 CP en ce qui concerne les infractions en lien avec l'étranger, une concrétisation plus détaillée serait nécessaire par le moyen de la jurisprudence et de la doctrine, afin de tenir le meilleur compte des spécificités de la responsabilité de l'entreprise.<sup>260</sup>

[159] Une première étape a été franchie le 5 mars 2012 avec la plainte déposée au pénal par l'*European Center for Constitutional and Human Rights* (ECCHR) et le syndicat colombien *Sinaltrainal* contre plusieurs cadres supérieurs de la Nestlé SA (et subsidiairement contre la société elle-même) auprès du parquet de Zoug. Les plaignants reprochaient aux prévenus de n'avoir pas réagi à la menace d'un syndicaliste colombien, ancien collaborateur d'une filiale de Nestlé, et d'avoir par leur inaction contribué à son assassinat par une troupe paramilitaire.<sup>261</sup> Nestlé récusait les reproches formulés dans l'acte d'accusation,<sup>262</sup> et le parquet de Zoug renvoya la cause à la justice vaudoise, qui décida le 1<sup>er</sup> mai 2013 de ne pas entrer en

<sup>257</sup> Néanmoins, la compétence résultant du principe de personnalité active et passive est subsidiaire à celle visée par les art. 4, 5 et 6 CP, cf. art. 7 al. 1 CP.

<sup>258</sup> Pour plus de détails sur ce point, cf. TRECHSEL, Art. 7.

<sup>259</sup> Voir en détail HEINIGER, p. 339 ss.

<sup>260</sup> Dans ce contexte se pose entre autres la question de savoir dans quelle mesure les sociétés peuvent bénéficier de garanties de défense au pénal telles qu'elles ont originellement été conçues pour les individus, afin de tenir compte de leur besoin spécial de protection et du rapport de forces très déséquilibré qui joue en leur défaveur vis-à-vis de l'État ; ou bien s'il convient plutôt d'adapter éventuellement ces droits à la nature des sociétés.

<sup>261</sup> Pour les plaignants, il y a complicité de la maison mère en raison de l'étroitesse des liens mutuels, ainsi que sur ce qu'ils considèrent comme une mauvaise gestion des risques pour l'ensemble du groupe, particulièrement en ce qui concerne la faiblesse de gouvernance des régions en question ; cf. FORSTMOSER, p. 706. Selon eux, les faits incriminés relèvent aussi bien de la responsabilité délictuelle passive de l'entreprise (art. 11 al. 2 let. d CP) que de la responsabilité subsidiaire de l'entreprise (art. 102 al. 1 CP).

<sup>262</sup> Cf. la lettre adressée par le groupe Nestlé au syndicat colombien (« Letter to Colombian trade union », <<http://www.nestle.com/media/statements/pages/Letter-to-Colombian-trade-union.aspx>>, consultée le 30 juillet 2013).

matière pour cause de prescription.<sup>263</sup> Les plaignants souhaitent recourir contre cette décision.<sup>264</sup>

#### 1.6.4. Situation juridique concernant les filiales étrangères des sociétés

[160] La situation est nettement plus complexe lorsqu'une société suisse contrôle et gère une filiale étrangère en tant que son actionnaire majoritaire. Dans ce cas, la société étrangère dispose d'une personnalité morale propre mais dépend économiquement de la société mère. Dans ce genre de structure de groupe, plusieurs sociétés autonomes sont constituées en groupes et placées sous une direction unique.<sup>265</sup>

[161] Juridiquement indépendantes, les filiales (qui ont un siège autonome sur un territoire étranger) ne sont en principe pas soumises au droit suisse. L'État suisse a tout au plus la possibilité d'exercer une influence indirecte sur elles en créant des réglementations qui visent la société mère. Le droit civil suisse dispose de diverses constructions qui lui permettent de poursuivre une société mère pour un comportement illicite imputable à une de ses filiales ; mais en pratique, le recours à ces possibilités reste timide et restrictif.

[162] D'une part, la société mère répond des actes de la filiale de par la confiance suscitée par le groupe, lorsqu'elle laisse à penser par son comportement qu'elle soutiendra sa filiale. Dans ce domaine, la jurisprudence se réfère en particulier aux cas où la réputation de la société mère inspire confiance dans la solvabilité de la filiale.<sup>266</sup> Mais on peut tout à fait envisager également des causes relevant des droits de l'homme, p. ex. lorsqu'une société mère soutient et propage ouvertement un comportement conforme aux droits de l'homme de la part de sa filiale alors qu'en réalité elle connaît et tolère des violations de sa part.

[163] Mais il existe également un deuxième moyen de faire répondre la société mère des actes de sa filiale : lorsque cette dernière, fondée ou acquise dans le seul et unique objectif de réaliser des actes illicites (ce qui constitue un abus de droit), est placée en avant pour éviter des poursuites contre la société mère. Dans une telle situation, il est possible de recourir contre la société mère pour lui faire porter la responsabilité des actes de sa filiale. Dans un arrêt rendu en 2005, le Tribunal fédéral a dressé une liste de critères pour pouvoir imputer à une banque suisse (société mère) les relations commerciales d'une de ses filiales établie aux Bahamas : concrètement, il s'agissait d'activités considérées comme légales aux

---

<sup>263</sup> Le recours formulé par les plaignants contre le renvoi à la justice vaudoise a été débouté par le Tribunal fédéral au motif que la société est domiciliée aussi bien à Zoug qu'à Vevey (VD), de sorte que les deux cantons sont compétents en vertu de l'art. 36 al. 2 CPP : Arrêt du TPF du 14 novembre 2012, TF 2012.25, consid. 2.2.2.

<sup>264</sup> Cf. <<http://www.ecchr.de/index.php/nestle.html>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>265</sup> Le droit suisse ne connaît pas de définition d'un groupe (cf. l'art. 663e al. 1 aCO (état le 1<sup>er</sup> mars 2012) ; l'article n'étant toutefois plus en force depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013). En Suisse, au moins la moitié des sociétés anonymes sont des groupes. Voir IMHOF, p. 4.

<sup>266</sup> Cf. p. ex. ATF 120 II 331 consid. 5, p. 335 ss ; FORSTMOSER, p. 720 s. En ce qui concerne le droit applicable aux situations de responsabilité découlant du principe de transparence, voir p. ex. ATF 128 III 346 consid. 3.1.3 ss, p. 349 s. : s'appuyant sur l'art. 154 al. 1 LDIP, le Tribunal fédéral rappelle le droit de l'État selon les réglementations duquel la société est organisée. Par conséquent, si un droit étranger est applicable, l'interdiction d'abus de droit ne pourra être appliquée que par le moyen des garanties de l'ordre public visées à la LDIP ; cf. FELIX DASSER, Der Durchgriff im Internationalen Privatrecht, Ein Beitrag zur Diskussion über den positiven und den negativen Ordre public, p. 41, dans : Peter Breitschmid et al. (éd.), Grundfragen der juristischen Person, Festschrift für Hans Michael Riemer zum 65. Geburtstag, Berne 2007, p. 35 ss.

Bahamas, mais illicites d'après la loi sur le blanchiment d'argent. Après cette prise d'accès sur la banque mère, les actes incriminés ont pu être poursuivis.<sup>267</sup>

[164] Autre modèle qui permet de faire porter les responsabilités par la société mère : celui de la fonction d'organe de fait. Dans ce modèle, les personnes qui remplissent de fait des fonctions de direction peuvent être considérées comme « organes de fait » (et donc poursuivies) même si elles n'appartiennent pas formellement à l'équipe de direction.<sup>268</sup> Ainsi, si la société dominante, dans un groupe, joue un rôle typique d'organe en exerçant une influence considérable sur les choix et décisions d'une société placée sous sa dépendance, on peut considérer qu'elle officie comme un des organes de cette seconde société.<sup>269</sup> La société de tête du groupe est traitée comme « personne qui s'occupe de la gestion » et donc responsable en droit des actions, en vertu de l'art. 754 CO.<sup>270</sup> Vis-à-vis de la société, des actionnaires et des créanciers, elle répond donc de toute prise d'influence directe ou indirecte dans l'administration ou la gestion de la société contrôlée qui dépasserait l'exercice ordinaire de ses droits d'actionnaire.<sup>271</sup>

[165] Enfin, on peut recourir à un modèle d'imputabilité similaire lorsque les organes d'une société mère revêtent également une fonction organique formelle dans la filiale. Il y a alors double fonction organique, qui dans certaines circonstances engage la responsabilité de la société mère.

[166] Lorsqu'il n'est pas possible, en droit matériel, de se retourner contre la société mère, et que les actions contre des atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger doivent être formées uniquement contre la filiale, il sera dès l'abord impossible d'établir la compétence locale des autorités judiciaires suisses, puisque tout se situe à l'étranger : aussi bien le siège de la partie défenderesse (la filiale étrangère) que le lieu de l'acte ou du résultat ou le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail – il n'y a donc pas de lien suffisant avec la Suisse au sens de la LDIP.<sup>272</sup> Il peut en résulter que l'unité économique et commerciale du groupe ne se reflète pas fidèlement dans les dispositions de la procédure, phénomène qui surgit non pas seulement dans le domaine des droits de l'homme, mais en général dans la surveillance des groupes multinationaux. Mais dans le domaine financier, par exemple, cette situation est rééquilibrée par le fait que les groupes financiers peuvent être soumis à un contrôle consolidé, de sorte que le groupe est considéré comme un tout.<sup>273</sup> On

<sup>267</sup> Arrêt rendu le 09.02.2006 par la II<sup>e</sup> Cour de droit public du Tribunal fédéral (2A.91/2005), publiée au bulletin de la CFB 49/2006, p. 36 ss (version française p. 37-38).

<sup>268</sup> IMHOF, p. 31 s ; FORSTMOSER, p. 720.

<sup>269</sup> IMHOF, p. 42 s Cette influence peut prendre la forme de consignes internes, ou bien lorsque la société tête de groupe détient la majorité du capital de la société dépendante, et donc la majorité des voix à l'assemblée générale. Elle peut donc peser sur les décisions dans le sens qui lui convient, et par exemple placer des personnes de confiance dans les organes de surveillance de la société détenue. Voir sur ce point *ibid.*, p. 45.

<sup>270</sup> Voir sur ce point : ATF 117 II 570 consid. 4a, p. 573 ; IMHOF, p. 60 ss ; FORSTMOSER, p. 720.

<sup>271</sup> FORSTMOSER, p. 720. On arrive à un résultat similaire même lorsqu'on exclut généralement la responsabilité des personnes morales en vertu de l'art. 754 CO ; car dans ce cas, on peut se retourner individuellement sur les personnes physiques qui agissent notablement sur les décisions de la société contrôlée. Les actions commerciales ou de gestion qu'ils effectuent au sein de cette dernière peuvent être imputées directement à la société dominante, en vertu des art. 722 CO, art. 55 al. 2 CC (responsabilité des organes) ou de l'art. 55 CO (responsabilité de l'employeur). Cf. IMHOF, p. 43 s.

<sup>272</sup> Si la société filiale défenderesse accusée d'une violation des droits de l'homme est domiciliée dans un État non partie à la CL, celle-ci n'est pas applicable.

<sup>273</sup> Art. 3a-3g de la LF du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (RS 952.0).

pourrait, avec le soutien du législateur, reproduire ce genre de modèle dans d'autres secteurs.

[167] De même, il apparaît problématique de poursuivre au pénal une filiale étrangère domiciliée dans un pays en développement et non pas en Suisse, car lorsque ni l'acte commis (ou illicitement omis) ni le résultat ne se situent en Suisse, les dispositions des art. 3-8 CP sur la compétence territoriale de l'autorité pénale suisse excluent le principe de territorialité pour les filiales sans établissement en Suisse<sup>274</sup> ; les faits seraient imputables, au mieux, d'après les art. 4-7 CP. Eventuellement, on peut poursuivre les sociétés mères, lorsqu'il est possible de leur reprocher une inaction illicite selon l'art. 102 CP. En effet, le lieu de l'acte (c'est-à-dire de l'omission illicite) est alors situé en Suisse, de sorte que l'affaire n'est pas véritablement extraterritoriale et que les juridictions suisses peuvent se dire compétentes d'après le principe de territorialité. Néanmoins, en pratique, il demeure souvent difficile de prouver et de justifier juridiquement qu'il y aurait eu obligation d'agir de la part de la société mère, obligation qui n'aurait pas été remplie.<sup>275</sup>

#### 1.6.5. Evolutions en Suisse et à l'étranger

[168] On entend parfois dire qu'en matière d'actions civiles pour des questions relevant des droits de l'homme au niveau international, la tendance récente est à l'attaque de la société mère via la filiale qui a commis l'atteinte ; cette mode serait particulièrement forte aux Pays-Bas, aux États-Unis, au Royaume Uni et en Australie. Cependant il n'est que de jeter un œil sur la jurisprudence pour dire qu'il serait encore prématuré de parler d'une véritable tendance, même si les tribunaux se penchent effectivement de plus en plus sur la question de savoir comment toucher la société mère dans ce genre de situation. Toutefois certaines évolutions récemment vues dans ces pays ne sont pas dénuées d'intérêt pour la Suisse :

[169] En Australie, par exemple, l'affaire menée en justice par des victimes de l'amiante contre le groupe James Hardie en 2004 a effectivement soulevé un débat sur d'éventuelles modifications du droit des sociétés, mais jusqu'à présent rien n'a été concrètement traduit dans les faits. Le groupe James Hardie avait décalé des capitaux au sein de sa propre structure pour réduire les ressources de son fonds de responsabilité assigné aux indemnisations.<sup>276</sup>

[170] Egalement, en 2009, un tribunal néerlandais s'était déclaré compétent pour connaître de trois actions en réparation formées par des agriculteurs et pêcheurs nigériens, avec le soutien d'organisations environnementales, contre la Royal Dutch Shell Company sise aux Pays-Bas ainsi que sa filiale nigérienne, pour obtenir la réhabilitation des régions polluées par le pétrole ainsi que le versement de dommages-intérêts aux populations touchées. D'après les parties demanderesse, Shell et sa filiale nigérienne auraient omis de réparer des fuites survenues entre 2004 et 2007 dans leurs oléoducs, et de résorber les pollutions en résultant, causant ainsi des dommages sanitaires sur les populations agricoles et sur les pêcheurs de la région (entre autres pour pollution de l'eau potable) qui auraient perdu une partie de leurs ressources. Dans son jugement du 30 janvier 2013, le tribunal néerlandais avait déclara-

---

<sup>274</sup> MARK PIETH, *Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis*, Bâle 2009, p. 202.

<sup>275</sup> Voir ci-dessus, les réflexions sur l'affaire Nestlé, § [159].

<sup>276</sup> HELEN ANDERSON, *Challenging the Limited Liability of Parent Companies : A Reform Agenda for Piercing the Corporate Veil*, *Australian Accounting Review* 61/22 (2012), p. 129-141, p. 130.

ré irrecevables toutes les actions formées contre la société mère, mais confirmé sa compétence pour celles formées contre la filiale nigériane.<sup>277</sup> Appliquant le droit nigérian, le tribunal a constaté que la société n'avait pas rempli ses obligations de diligence en omettant de prendre les précautions qui s'imposaient au vu des circonstances données, afin de prévenir le mieux possible les risques de sabotage sur ses sites de forage. Il a donc condamné la filiale de Shell à verser des dommages-intérêts dont le montant reste encore à fixer, mais a débouté toutes les autres demandes.<sup>278</sup> Les demandeurs succombant ont fait appel de cette décision.

[171] En mars 2012, une demande similaire a été formée par un groupe de 11.000 citoyens nigériens au nom de la communauté Bodo près le High Court de Londres (Royaume Uni) contre Shell.<sup>279</sup> La procédure est encore en cours.

[172] Aux États-Unis également, plusieurs actions intentées devant des juridictions américaines avaient pour objectif de faciliter l'accès aux sociétés mères en vertu du *Alien Tort Statute* (ATS).<sup>280</sup> Cette loi américaine de 1789 autorise en théorie des ressortissants étrangers à engager des poursuites devant les tribunaux fédéraux américains pour des violations du droit international (*law of nations*) résultant d'un acte illicite (*tort*) et pouvant mener à dommages-intérêts. S'appuyant sur cette loi, les victimes d'actes illicites au Nigéria, ou leurs descendants, ont intenté plusieurs actions mutuellement liées contre la filiale nigériane de la Royal Dutch Petroleum Company (sise aux Pays-Bas) et Shell Transport and Trading Company (sise au Royaume Uni). Dans cette affaire *Kiobel* de 2002, ils reprochaient à Shell de s'être rendu complice de divers crimes sévères pertinents pour justifier une mobilisation de l'ATS. Mais en juin 2010, le District Court saisi a déclaré la plainte irrecevable, par manque de liens entre les plaignants et la filiale de Shell aux États-Unis ; cette décision a été confirmée par la Cour d'appel en septembre 2010, qui justifia cependant son arrêt par un autre argument, à savoir le manque de légitimation passive des entreprises visées, qui ne tombent pas sous le coup de l'ATS.<sup>281</sup>

[173] Finalement, la Cour suprême des États-Unis, saisie par les plaignants, se prononça contre une portée extraterritoriale généralisée de la loi en question, dont ni le texte ni une relecture historique des raisons de son adoption ne laissent présumer une intention d'en faire un instrument applicable aux situations hors du territoire américain. Cette « présomption » d'inapplicabilité extraterritoriale, rappellent les juges, a pour but d'empêcher les collisions entre le droit américain et des législations étrangères.<sup>282</sup> C'est pourquoi la Cour suprême a finalement confirmé le jugement de la Cour d'appel en dernière instance, sans toutefois se prononcer sur la question de savoir dans quelle mesure l'ATS permettrait de faire valoir des dommages-intérêts contre des sociétés multinationales. Ce jugement ne règle pas non plus la question du degré de lien (entre une affaire particulière et les États-Unis) qui justifierait finalement une mobilisation de l'ATS. Mais malgré tout, sur les neuf juges, quatre ont indiqué soutenir une justification alternative de l'arrêt, selon laquelle ils accepteraient d'appliquer l'ATS à des situations extraterritoriales si l'affaire servait l'intérêt des États-Unis

<sup>277</sup> District Court (Den Haag, Niederlande), *Milieudefensie et al. c. Shell et al.*, judgement of 30 January 2013, case number C/09/337050, docket number HA ZA 09-1580, para. 4.34 and para. 4.6.

<sup>278</sup> *Ibid.*, para. 4.43 and para. 5.1.

<sup>279</sup> High Court (UK), *Bodo c. Shell*, Particulars of Claim, Claim NO. HQ11X01280.

<sup>280</sup> Alien Tort Claims Statute (1789), 28 U.S.C. § 1350.

<sup>281</sup> *Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 621 s 3d 111 (2010) (2nd Court of Appeals):

<sup>282</sup> *Kiobel et al. c. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, 569 U.S. (2013), Opinion of the Court, p. 4.

à ne pas devenir un refuge de tortionnaires ou d'autres ennemis de l'humanité.<sup>283</sup> En l'espèce, néanmoins, ils ne voyaient pas les points de contact nécessaires entre la cause à juger et les États-Unis, raison pour laquelle ils ne voyaient pas, même avec cette justification alternative, la possibilité de mobiliser ici l'ATS.<sup>284</sup>

[174] Finalement, les questions de compétence qui occupent actuellement les juridictions néerlandaises, britanniques et américaines s'inscrivent dans une discussion plus vaste autour de la responsabilité extraterritoriale des États dans le domaine des droits de l'homme. A ce titre, elles intéressent donc aussi les tribunaux suisses, car de tels précédents juridiques ne pèsent pas seulement sur le comportement des sociétés concernées sur le marché mondial, mais aussi sur l'évolution juridique (législative et judiciaire) de ces questions en Suisse.

[175] La société civile, elle aussi, a plusieurs fois exprimé son souhait de voir les sociétés mères forcées plus sévèrement d'assumer les responsabilités de leurs actes commis à l'étranger.<sup>285</sup> Afin d'empêcher que des entreprises se construisent des zones de non-droit échappant au contrôle individuel d'un État précis, et donc en général à l'État de droit, quelque 50 organisations suisses ont lancé la campagne « Droits sans frontières » pour exiger du Conseil fédéral et du Parlement qu'ils modifient les dispositions légales qui réglementent l'obligation de diligence incombant aux entreprises suisses en matière de droits de l'homme et d'environnement, afin de la consigner expressément dans la loi et de l'étendre aux filiales et fournisseurs sis à l'étranger. En outre, les initiateurs de la campagne réclament que les victimes de violations se voient garantir l'accès aux tribunaux suisses et l'application du droit suisse. Le Conseil national a décidé, en date du 14 décembre 2012, de ne pas donner suite à cette pétition<sup>286</sup> ; divers objets parlementaires reprenant les objectifs de la pétition sont désormais en cours d'examen.<sup>287</sup>

[176] Une étude réalisée dans le cadre de cette campagne<sup>288</sup> suggère d'intégrer un nouvel art. 717, al. 3 au Code des obligations afin d'obliger les membres du Conseil d'administration d'une société à prendre toutes les mesures nécessaires au respect des droits de l'homme et des principes environnementaux dans toutes les activités de leur entreprise ainsi que dans celles de leurs filiales, succursales et fournisseurs. Egalement, toujours selon cette étude, un nouvel art. 722, al. 2 CO devrait établir une responsabilité solidaire des sociétés mères pour les actes illicites de leurs filiales ou fournisseurs. En adaptant la LDIP, on pourrait permettre l'applicabilité du droit suisse en cas d'action en justice (nouv. art. 155 let. j LDIP) et justifier ainsi la compétence des juridictions suisses (nouv. art. 129 al. 2 LDIP). Egalement, l'État d'origine d'une personne morale ne devrait plus, à l'avenir, se définir uniquement par son siège statutaire, mais aussi par le siège de son administration

---

<sup>283</sup> Ibid, Breyer, J., concurring in judgement, p. 1 ss.

<sup>284</sup> Ce refus d'appliquer l'ATS par manque de liens suffisants rappelle d'ailleurs un argumentaire couramment avancé par les tribunaux européens.

<sup>285</sup> Ainsi, à titre d'exemple, ECCJ (Coalition européenne pour la responsabilité civile et environnementale des entreprises) a revendiqué l'introduction d'une responsabilité civile des sociétés domiciliées en Europe pour leurs actes commis à l'étranger : FILIP GREGOR, Principles and Pathways : Legal opportunities to improve Europe's corporate accountability framework, novembre 2010, p. 19 ss : <[http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/eccj\\_principles\\_pathways\\_webuseblack.pdf](http://www.corporatejustice.org/IMG/pdf/eccj_principles_pathways_webuseblack.pdf)> (consulté le 31 juillet 2013).

<sup>286</sup> Cf. <[http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20122042](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20122042)> (consulté le 31 juillet 2013).

<sup>287</sup> Cf. Conseil national, Interpellation 12.3449 (Ingold) ; Interpellation 12.3456 (Haller) ; Postulat 12.3503 (Graffenried) ; Interpellation 12.3520 (Moser).

<sup>288</sup> Membrez, Étude 2012.

centrale ou le lieu où elle opère principalement – ce qui rapprocherait la législation suisse, sur ce point, de la Convention de Lugano. Enfin, s'agissant de la procédure, l'étude préconise de renforcer les options d'action collective et de faciliter l'administration des preuves pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme.

[177] Cette étude vise également des modifications au pénal, tant en droit matériel et qu'en procédure. D'une part, il s'agit de découpler la peine maximale des entreprises pour la faire passer de 5 à 50 millions de francs suisses et d'étendre la punissabilité des entreprises pour y inclure des faits t.q. génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre et autres violations graves de biens juridiques fondamentaux, en particulier la vie et l'intégrité corporelle (modification proposée à l'art. 102 CP). D'autre part, les associations d'envergure nationale devraient pouvoir, dans certaines situations, représenter des victimes dans le cadre d'une procédure pénale.

### 1.7. Conclusion

[178] Afin de remplir l'obligation que lui pose le droit international public de créer des voies de recours effectives dans le domaine des droits de l'homme, la Suisse a ancré une garantie de l'accès au juge et des garanties générales de procédure, qui sont ensuite appliquées et concrétisées par le droit administratif, le droit pénal et le droit civil. Chaque procédure et voie de recours, découlant d'un fondement légal, est donc prévisible et contrôlable, offre des garanties juridiques aux individus en cas d'atteinte à leur sphère juridique, et leur permet de réclamer réparations. Avec un dernier recours possible devant une instance supranationale (la CEDH), le respect des obligations de protéger incombant à la Suisse peut partiellement être vérifié, et les éventuels manquements peuvent être mis en évidence, que ce soit dans la législation, la jurisprudence ou l'application du droit.<sup>289</sup>

[179] S'agissant des points de contact entre les droits individuels des personnes et les activités commerciales des entreprises, le droit suisse dispose de tout un éventail de garanties et de mises en responsabilité. Tout d'abord, l'État ne peut pas contourner le caractère contraignant des droits fondamentaux en déléguant ses missions à des entités privées. Au contraire, celles-ci sont elles-mêmes tenues de respecter les droits fondamentaux lors de l'exécution directe des missions administratives qui leur sont confiées.<sup>290</sup> Ensuite, les entreprises privées qui se rendent coupables d'atteintes aux droits de l'homme peuvent, dans certaines circonstances, être poursuivies au pénal, que ce soit via la poursuite d'organes personnels ayant participé aux faits incriminés,<sup>291</sup> ou si ceux-ci doivent verser des dommages intérêts en tant qu'employeur en cas de négligence pénalement punissable<sup>292</sup>, ou enfin les entreprises sont engagées dans leur totalité.<sup>293</sup> Enfin, la loi prévoit aussi une capacité délictuelle des personnes même en droit civil, et leur attribue la responsabilité de dommages causés par leurs organes ou des auxiliaires.<sup>294</sup> Et finalement, pour les cas où ces atteintes aux droits de l'homme imputables à une entreprise finissent par lui être dommageables, le droit suisse des sociétés propose malgré tout une possibilité de former une action judiciaire dans

<sup>289</sup> Ainsi CEDH, *VgT c. Switzerland*, 24699/94 (2001), point 47.

<sup>290</sup> Art. 35 al. 2 Cst.

<sup>291</sup> Art. 29 CP.

<sup>292</sup> Art. 11 CP.

<sup>293</sup> Art. 102 CP.

<sup>294</sup> Art. 55 CC resp. 55 CO.

laquelle non pas uniquement les victimes auraient qualité pour agir directement, mais aussi les actionnaires, créanciers, ou le cas échéant, la société elle-même.<sup>295</sup>

[180] En ce qui concerne les affaires impliquant le territoire national, l'appareil réglementaire prévu par le droit suisse répond en grande partie aux critères fixés par le droit international public. Évoluant de manière dynamique au moyen de la jurisprudence et des modifications légales qui peuvent intervenir, il permet en outre de résorber au mieux d'éventuelles limites ou lacunes et de leur apporter des résultats le plus rapidement possible. Pour les affaires impliquant l'étranger, le débat connaît des évolutions similaires : avec la naissance des groupes multinationaux, qui s'étendent sur plusieurs pays et sont touchés par des normes diverses, la question se pose de savoir dans quelle mesure l'État d'origine d'un groupe de ce type peut ou doit adopter des réglementations qui touchent les activités commerciales de cette entreprise dans les États hôtes. Mais la jurisprudence dans ce domaine est encore très maigre, tant à l'échelon national qu'international. Certes, au niveau national, on voit apparaître les premiers procès dans divers pays, mais ceux-ci n'ont pas encore fait l'objet d'analyses exhaustives. Divers instruments non contraignants indiquent déjà quelques tendances dans ce domaine, mais au final, il reste encore à savoir quelles réponses la communauté internationale compte apporter à ces questions ouvertes.

[181] D'après le droit suisse régissant les conflits de lois, les autorités judiciaires suisses sont en principe compétentes pour connaître des causes civiles qui impliquent des atteintes aux droits de l'homme commis par des entreprises suisses à l'étranger. Elles appliquent en général le droit étranger, sauf si celui-ci est contraire aux normes fondamentales du droit suisse. En revanche, si ce n'est pas la société suisse qui agit elle-même, mais sa filiale, il y a division juridique entre les deux sociétés, et les situations sont rares et exceptionnelles où il est possible de se retourner contre la société mère en Suisse. Dans toutes les autres situations, régulières, les juridictions suisses ne se déclareront pas compétente dès cette étape.

[182] Au pénal, les sociétés peuvent être poursuivies en Suisse pour des atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger, si l'acte est en rapport avec une inaction coupable en Suisse, ou l'État suisse peut agir au nom d'une compétence déléguée<sup>296</sup>, du principe de personnalité actif ou passif<sup>297</sup> ou du principe d'universalité<sup>298</sup>, ou si l'auteur se trouve en Suisse et n'a pas été extradé.<sup>299</sup>

## 2. Voies de recours non judiciaires

### 2.1. Critères

[183] Les mécanismes extrajudiciaires ne doivent pas servir à remplacer ou contourner les procédures judiciaires. Pour éviter cela, les principes directeurs de l'ONU dressent une liste de critères d'efficacité auxquels ces mécanismes doivent répondre : ils doivent être légitimes, accessibles à tous ceux qu'ils visent, prévisibles, équitables, transparents, compa-

---

<sup>295</sup> Art. 754 al. 1 CO.

<sup>296</sup> Art. 6 CP.

<sup>297</sup> Art. 7 al. 1 CP.

<sup>298</sup> Art. 7 al. 2 let. b CP.

<sup>299</sup> Art. 7 al. 2 let. a CP.

tibles avec les droits de l'homme, et ouverts en permanence à l'auto-amélioration. En outre, les mécanismes de niveau opérationnel basés dans les entreprises doivent se fonder le plus possible, dans leur forme et dans leur exécution, sur la consultation des victimes ou des groupes visés, et privilégier le dialogue entre les parties en cas de litige.<sup>300</sup>

## 2.2. Points de contact nationaux de l'OCDE

### 2.2.1. Consignes à respecter

[184] Les principes directeurs de l'OCDE obligent les gouvernements des États parties à instaurer des services dédiés à leur promotion et à leur mise en œuvre. Baptisés Points de contact nationaux (PCN), ces services ont pour mission de promouvoir le respect des principes directeurs et d'offrir un forum de discussion sur les questions en rapport avec ce texte.<sup>301</sup> Ils servent de service de médiation pour permettre de résoudre de manière impartiale, prévisible et équitable des problèmes qui découlent de leur propre mise en œuvre dans certains cas spécifiques. A cet effet, ils coopèrent avec d'autres PCN, se réunissent régulièrement pour partager leurs expériences et faire rapport annuellement au Comité de l'investissement de l'OCDE.<sup>302</sup> Les éléments exacts de leur organisation sont laissés à la latitude des États parties ; mais ils doivent au moins rechercher le soutien actif des partenaires sociaux, notamment les milieux d'affaires et les organisations représentant les travailleurs, les autres organisations non gouvernementales et les autres parties intéressées.<sup>303</sup> En outre, les PCN doivent répondre aux quatre critères clés des principes : visibilité, accessibilité, transparence et redevabilité. Enfin, en tant qu'instances extrajudiciaires, ils ne doivent pas faire concurrence aux voies de recours judiciaires.

[185] En cas de problèmes spécifiques dans la mise en œuvre des principes directeurs – par exemple si une entreprise est signalée pour non-respect de leurs principes ou de leurs normes – le PCN du pays où surgissent ces problèmes se saisit en général de l'affaire. Mais s'il s'agit du pays hôte d'une entreprise affiliée à un groupe étranger, le PCN du pays hôte doit consulter celui du pays d'origine du groupe et lui demander son assistance. Si le pays hôte n'est pas membre de l'OCDE et ne dispose donc pas d'un PCN, c'est le PCN du pays d'origine qui se saisit de l'affaire. Au cas où plusieurs pays se révéleraient compétents pour une seule affaire, les PCN en collision doivent se concerter et convenir de celui d'entre eux qui sera au premier chef chargé d'aider les parties.<sup>304</sup>

### 2.2.2. PCN en Suisse

[186] En Suisse, le PCN est rattaché au Secteur Investissements internationaux et entreprises multinationales du Secrétariat d'État à l'économie SECO. Il ne se conçoit ni comme une « instance quasi-judiciaire » ni comme une « autorité d'enquête », mais bien plutôt comme un instrument de dialogue entre les parties qui n'a pas pour principal objet de cons-

---

<sup>300</sup> Cf. CDH, Principes directeurs ONU, principe 31.

<sup>301</sup> OCDE, Principes directeurs 2011, p. 21, § 11.

<sup>302</sup> Ibid., p. 78, art. 3 ss.

<sup>303</sup> Ibid., p. 81, let. A.

<sup>304</sup> Ibid., p. 93, art. 24.

tater une éventuelle violation des principes directeurs de l'OCDE.<sup>305</sup> En mai 2013, il a modifié son organisation et ses méthodes de travail dans une ordonnance y afférente.<sup>306</sup> Ce qui est nouveau, c'est qu'il est assisté par une commission consultative dans son orientation stratégique et dans l'application des principes de l'OCDE, laquelle commission se compose de représentants des associations d'employeurs, des syndicats, des associations économiques, des organisations non gouvernementales et des milieux scientifiques.<sup>307</sup>

[187] Les demandes d'examen de violations présumées des Principes directeurs de l'OCDE peuvent être déposées auprès du PCN par une personne ou un groupe.<sup>308</sup> Pour être recevables, elles doivent concerner une entreprise suisse, ou un abus ayant été commis en Suisse. Pour la traiter, le PCN applique la procédure adoptée par le SECO : il accuse la réception de la demande par écrit dans un délai de dix jours ouvrables et la transmet à l'entreprise incriminée, qui a ensuite la possibilité de prendre position sur cette demande. Si le PCN considère la demande comme crédible, il constitue un groupe de travail interne à l'administration qui le soutiendra dans son travail.<sup>309</sup> Ensuite, il effectue un examen préalable (*initial assessment*) en vue d'établir sommairement s'il compte se saisir de la demande et offrir ses services aux parties intéressées. A cet effet, il constate l'intérêt et l'identité de la partie requérante pour l'affaire et examine sa propre compétence ainsi que la question de savoir si l'affaire tombe dans le domaine d'applicabilité des principes directeurs, et s'il y a violation suffisante. En outre, il doit s'assurer que son intervention n'aurait pas d'incidences négatives pour les parties en cas de procédures parallèles éventuelles. Enfin, il communique et justifie sa décision dans un rapport écrit pour faire savoir s'il compte se saisir de l'affaire.<sup>310</sup>

[188] Si le PCN se décide à ne pas poursuivre parce qu'il considère que la demande ne nécessite pas un examen plus approfondi, il doit s'expliquer dans une déclaration qui expose les questions soulevées et les raisons de sa décision.<sup>311</sup> Si, au contraire, il décide d'entrer en jeu, il offre son soutien aux parties en vue de les aider à résoudre les questions soulevées. Avec leur accord, il peut introduire une procédure de médiation qui sera menée soit par lui-même, soit par un médiateur auquel il fera appel, l'objectif étant d'offrir un forum impartial de discussion afin de faire la lumière sur les intérêts en jeu, de trouver des pistes de solutions communes et d'obtenir, idéalement, une conciliation entre les parties. La participation aux discussions est volontaire et confidentielle ; aucun procès-verbal n'est dressé.<sup>312</sup>

[189] Les résultats des procédures de médiation sont publiés dans les rapports annuels et sur le site internet du PCN suisse<sup>313</sup> ainsi que sur le site de l'OCDE<sup>314</sup>. Si les parties sont parvenues à conciliation, elles publient une déclaration finale ; ce sont elles qui décident quelles informations elles souhaitent y publier concernant le contenu des négociations et de l'accord

---

<sup>305</sup> Cf. SECO, Procédures PCN 2011 (en anglais), 3.2. p. 2.

<sup>306</sup> Ordonnance du 1<sup>er</sup> mai 2013 sur l'organisation du Point de contact national pour les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et sur sa commission consultative (OPCN-OCDE), RS 946.15.

<sup>307</sup> Art. 6 s OPCN-OCDE.

<sup>308</sup> Art. 3 OPCN-OCDE.

<sup>309</sup> Art. 4 al. 2 OPCN-OCDE.

<sup>310</sup> SECO, Procédure PCN 2011, p. 2 ss.

<sup>311</sup> OCDE, Principes directeurs 2011, p. 83, art. 3, let. c.

<sup>312</sup> SECO, Procédure PCN 2011, p. 4. Cf. également OCDE, Principes directeurs 2011, p. 84, art. 4.

<sup>313</sup> <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00527/02584/02586/index.html?lang=fr>> (consulté le 31 juillet 2013).

<sup>314</sup> <<http://www.oecd.org/daf/inv/mne/ncpstatements.htm>> (consulté le 31 juillet 2013).

final.<sup>315</sup> Et même lorsqu'aucune conciliation n'a été obtenue, ou si une partie n'est pas prête à participer à la procédure, ceci doit être publié dans la déclaration finale – qui doit alors au moins exposer les questions soulevées, les motifs de l'examen approfondi, les procédures mises en route par le PCN, les raisons qui ont empêché d'arriver à conciliation, et formuler en outre des recommandations pour la mise en œuvre des principes.<sup>316</sup>

[190] Dans une affaire soumise au PCN suisse pour atteinte aux droits de l'homme, des ONG avaient formé une plainte contre des entreprises impliquées dans le commerce du coton produit en Ouzbékistan, au motif que celles-ci n'auraient pas réagi au fait que dans ce pays, des enfants sont forcés de travailler, contre leur gré et dans des conditions très dures, à la cueillette du coton. Le PCN a pu aider les parties à trouver une conciliation, mais les recommandations concrètes qu'il a formulées n'ont pas été publiées.<sup>317</sup>

### 2.2.3. Comparaison internationale

[191] Les PCN peuvent jouer un rôle important dans la mise en œuvre des principes directeurs. Le jouent-ils vraiment ? Cela dépend entre autres de leur organisation et de leur composition. Sur ce point, les États parties disposent d'une importante latitude, de sorte que la forme des PCN peut varier considérablement d'un pays à l'autre. En conséquence, la manière dont chaque PCN traitera une affaire spécifique varie aussi très fortement.

[192] Sur la question de la composition, deux aspects jouent principalement : d'une part, l'indépendance du PCN, et d'autre part le nombre des intérêts représentés, en particulier des partenaires sociaux. Sur les 44 PCN existants, une majorité – dont le PCN suisse – a opté pour un modèle de gestion administratif, et parmi ceux-ci, la plupart ont choisi de rattacher leur PCN à un seul département ou ministère ; néanmoins neuf PCN disposent de structures interministérielles.<sup>318</sup> Un peu plus d'un PCN sur six implique également les partenaires sociaux dans les discussions, avec divers services administratifs.

[193] Très récemment, certains pays – et particulièrement les pays scandinaves – ont eu tendance à ouvrir encore la composition de leurs PCN, souvent indépendants, pour y intégrer également des ONG (ainsi en Finlande). Le PCN suédois est une structure tripartite constituée de représentants des syndicats, des employeurs et de divers services de l'administration, dont le Ministère du travail. Le système est similaire pour le PCN danois,<sup>319</sup> et quant à la Norvège, elle a réformé les structures de son PCN en mars 2011 pour y intégrer désormais quatre experts indépendants recommandés au ministère des Affaires étrangères et au ministère du Commerce par les fédérations patronales, les syndicats et un

<sup>315</sup> SECO, Procédure PCN 2011, p. 4. Cf. OCDE, Principes directeurs 2011, p. 83, art. 3, let. b.

<sup>316</sup> SECO, Procédure PCN 2011, p. 4. Cf. OCDE, Principes directeurs 2011, p. 83, art. 3, let. c.

<sup>317</sup> Déclaration finale des 22 décembre 2011 (ECOM), 29 février 2012 (Louis Dreyfuss Commodities Suisse S.A.) et 9 mars 2012 (Paul Reinhart AG), <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00527/02584/02586/index.html?lang=de>> (consulté le 31 juillet 2013).

<sup>318</sup> Ces chiffres reposent sur les indications de la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE (TUAC) dans un tableau comparatif des sites internet des PCN : <<http://www.tuacoecdme-guidelines.org/contact-points.asp>> (consulté le 30 juillet 2013).

<sup>319</sup> Ibid.

groupe d'organisations environnementales et de développement.<sup>320</sup> Ceci rejoint un peu le système néerlandais, dont le PCN est composé depuis 2007 de quatre experts RSE indépendants et quatre conseillers issus de l'administration, détachés chacun par un ministère différent. Formellement, le service dépend du ministère de l'Économie, mais il opère en autonomie. Ce système a pour but de renforcer la légitimité et l'indépendance du PCN et d'éviter les conflits d'intérêts au sein de l'administration.<sup>321</sup>

[194] Le Royaume-Uni a également restructuré son PCN en 2007, le plaçant désormais sous la direction de deux départements et non plus d'un seul, à savoir le Ministère du développement international et le Ministère de l'industrie, de l'innovation et de la qualification. Il a également créé un comité directeur composé de représentants des différents groupes d'intérêts, afin de veiller sur l'efficacité du PCN et sur le respect des consignes de procédures, et de soutenir la mise en œuvre et la diffusion des principes directeurs. Toute partie souhaitant faire valoir des vices de procédure peut former un recours devant le comité directeur, qui se réunit au moins quatre fois par an et publie les procès-verbaux de ses réunions.<sup>322</sup>

[195] À cette hétérogénéité dans les structures et les compositions des PCN répond également une grande disparité dans les procédures appliquées pour examiner les affaires spécifiques. Si nombre d'États, dont la Suisse, se focalisent sur la médiation et restent très réservés ou même totalement silencieux sur la communication des éventuelles violations, préférant publier des recommandations pour l'avenir,<sup>323</sup> certains points de contact choisissent cependant d'enquêter, en cas d'échec de la médiation, pour savoir s'il y a eu violation des principes directeurs par l'entreprise visée.<sup>324</sup> Si le rapport y afférent fait état d'une telle violation et en expose l'étendue,<sup>325</sup> il peut développer un effet similaire à celui d'une décision de justice.

[196] Même variété d'approche pour la question de l'établissement des faits : tous les PCN ne prévoient pas une visite dans un État hôte si nécessaire et si ledit État y consent. Pour enquêter sur les circonstances des violations alléguées ou sur d'autres faits pertinents s'étant déroulés dans un pays tiers, il peut également être fait appel aux coopérations avec les ambassades ou autres entités diplomatiques sur les lieux. Mais quoi qu'il en soit, la question de savoir si les faits auront été établis de manière suffisante et mèneront à une procédure légitime et équitable dépend directement et dans tous les cas des ressources financières et personnelles attribuées au PCN.

[197] Enfin, on constate également des différences de pratique suivant les PCN en ce qui concerne le difficile équilibre à atteindre entre les exigences de transparence et l'intérêt légitime des parties à conserver la confidentialité de certaines données et informations commer-

---

<sup>320</sup> Pour plus d'informations, voir le site officiel du PCN norvégien : [http://www.regjeringen.no/en/sub/styret-rad-utvalg/ncp\\_norway/ncp\\_norway.html?id=669910](http://www.regjeringen.no/en/sub/styret-rad-utvalg/ncp_norway/ncp_norway.html?id=669910) (consulté le 3 juin 2013).

<sup>321</sup> Pour plus d'informations, voir : <http://www.tuacoecdmneguidelines.org/companydetails3.asp?organisationID=22902> (consulté le 31 juillet 2013) ; <http://www.oecdguidelines.nl/ncp/organisation/> (consulté le même jour).

<sup>322</sup> Cette nouvelle structure a été saluée par les ONG, qui apprécient particulièrement la nouvelle voie de recours devant le comité directeur ; cf. p. ex. OCDE Watch, *Complaint Procedure*, p. 7.

<sup>323</sup> Cf. SCHNEIDER/SIEGENTHALER, p. 66.

<sup>324</sup> Parmi les États qui procèdent ainsi, on compte les pays scandinaves et le Royaume-Uni, mais également l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, le Brésil, la France, l'Italie et le Mexique.

<sup>325</sup> Cf. p. ex. PCN Norvège, Rapport final FIOH c. Intex 2011.

ciales sensibles. Ainsi, alors que le Royaume Uni a opté pour une publication de l'examen préalable (*initial assessment*), la Suisse a préféré le traiter confidentiellement.

#### 2.2.4. Défis et potentiels des PCN

[198] La mise en place et la gestion d'un PCN posent certains défis aux États, qui doivent parfois peser entre des intérêts difficiles à concilier. La principale difficulté consiste à trouver une interprétation claire des principes directeurs, car souvent, ni les parties ni les services examinants ne savent exactement à quoi s'en tenir en ce qui concerne la sévérité avec laquelle il convient de les interpréter. En outre, la marge de manœuvre qui est laissée aux pays dans leur mise en œuvre concrète permet une multitude de cas de figure. Mais les principes directeurs de l'ONU ont toutefois établi des critères pour l'efficacité des mécanismes de recours, qui devraient pouvoir aider à trouver une forme et une structure adéquate pour ce type de service.

[199] En Suisse, ce sont surtout les organisations non-gouvernementales qui s'engagent pour un rôle renforcé des PCN. Toutefois ceci supposerait une analyse des voies de recours actuelles et de leur rapport aux PCN. Rien d'étonnant à ce que, dans le cadre de l'OCDE, les réponses apportées en ce qui concerne la réalisation institutionnelle et les compétences d'examen demeurent très disparates. Mais ce qui est très probable, c'est que l'augmentation du nombre des recours, dès aujourd'hui assez sensible, va se poursuivre à l'avenir ; ce qui finira par rendre incontournable un débat sur le rôle des PCN. En outre, un dialogue s'est déjà instauré entre les différents PCN, sous forme d'un mécanisme de revue par les pairs qui doit permettre, à moyen terme, d'harmoniser les modèles nationaux entre eux.

#### 2.3. Voies de recours non étatiques

[200] Les principes directeurs de l'ONU, tout comme ceux de l'OCDE, placent le respect des droits de l'homme et la lutte contre leurs abus dans la responsabilité des entreprises.<sup>326</sup> Celles-ci ont besoin d'institutions et de modèles de procédures afin de savoir comment elles peuvent éviter des abus non intentionnels et de garantir la transparence nécessaire sur la conformité de leurs activités et relations commerciales tout au long de la chaîne de valeur ajoutée, pour identifier les potentiels de risques, d'éviter effectivement les atteintes futures et de supprimer des abus existant déjà. Dans ce contexte, les deux textes ci-dessus mentionnés s'appuient sur le même concept : la diligence raisonnable (*due diligence*). Les entreprises, pour remplir cette indication qui leur incombe, doivent instaurer des procédures qui permettent de cerner les problèmes et de les surmonter. Plus précisément, ces procédures doivent servir à enquêter sur les incidences négatives existantes ou potentielles, pour ensuite les écarter et les minimiser ; et en plus, elles obligent les entreprises à rendre compte des mesures qu'elles prennent face à ces incidences.<sup>327</sup> Il leur est donc conseillé de faire appel à des experts des droits de l'homme et de consulter les groupes concernés.<sup>328</sup>

---

<sup>326</sup> CDH, Principes directeurs ONU, Principes n° 11 et 13.

<sup>327</sup> Ibid., Principes n° 15 let. b et 17 ; OCDE, Principes directeurs 2011, p. 27, §14.

<sup>328</sup> CDH, Principes directeurs ONU, Principe n° 18.

[201] Par ailleurs, les entreprises doivent instaurer des procédures de réparation en cas d'atteinte aux droits de l'homme causés par elles,<sup>329</sup> et les États doivent soutenir la mise en place de mécanismes de recours non judiciaires contre ce type d'abus,<sup>330</sup> en conformité avec les critères fixés par le principe 31. Pragmatiquement parlant, les entreprises ont tout intérêt à instituer ces mécanismes, au sens où ils peuvent contribuer à leur éviter des recours judiciaires ou des campagnes agressives dirigées contre elles. Elles peuvent donc, grâce à eux, s'en sortir à moindre coût, tout comme les parties requérantes, en identifiant et résorbant les problèmes avant qu'ils n'engendrent une situation plus difficile à gérer. C'est dans cette mesure que les mécanismes de recours efficaces représentent un aspect important de la RSE et particulièrement de la responsabilité des entreprises à respecter les droits de l'homme (*corporate responsibility to respect*).<sup>331</sup>

[202] Ces mécanismes peuvent comprendre, par exemple, un service de SOS téléphonique ainsi que des services de conseil ou de médiation qui peuvent être gérés en commun avec d'autres entreprises, ou complètement externalisés. Au final, quel que soit la forme de ces instruments, il est essentiel qu'elles respectent les critères du principe 31. Il faut donc entre autres que les groupes touchés ou potentiellement touchés connaissent et comprennent le fonctionnement de ces procédures,<sup>332</sup> qu'ils puissent impliquer leurs représentants dans la procédure (qui doit s'appuyer sur le dialogue et la médiation lorsqu'elle est réalisée directement par l'entreprise), et qu'ils ne se voient pas empêchés de faire valoir leurs intérêts devant la justice.<sup>333</sup> De plus, s'il s'agit d'un comportement punissable au pénal ou impliquant l'État, il ne doit pas être possible de s'en tenir à un recours interne à l'entreprise ; la procédure judiciaire doit alors être incontournable.

[203] Nous trouvons des exemples de recours internes à l'entreprise particulièrement dans les situations de harcèlement sexuel ou d'autres abus de pouvoir. Diverses sociétés suisses tentent de protéger leurs employés contre ce type d'abus en établissement des règlements internes, en offrant des points d'accueils aux victimes et en leur proposant des voies de recours interne chargées de faire appliquer leur protection.<sup>334</sup>

[204] A côté des voies de recours ou de plainte, il importe également que les entreprises assurent le follow-up, c'est-à-dire qu'elles instaurent des moyens de veille a posteriori, afin d'assurer le respect des accords et des décisions prises. Elles peuvent par exemple confier cette mission spécifique à un comité ou tout autre organe de contrôle, qui en rendra compte au management, au service RH et à tous les autres services impliqués.

---

<sup>329</sup> Ibid., Principes n° 15 let. c et 22.

<sup>330</sup> Ibid., Principe n° 28.

<sup>331</sup> Vlg. CDH, Cadre Ruggie 2008, § 93.

<sup>332</sup> Ceci, même pour des victimes restreintes dans leur capacité, p. ex. insuffisamment alphabétisées.

<sup>333</sup> Cf. CDH, Cadre Ruggie 2008, § 95.

<sup>334</sup> Voir p. ex. Reglement zum Schutz der sexuellen Integrität am Arbeitsplatz (ABB Schweiz, en allemand) ; Harcèlement sexuel et abus de pouvoir sur le lieu de travail (Brochure d'information Novartis) ; Reglement Mobbing und Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz (SRG SRS idée suisse, en allemand) ; tous ces documents sont consultables sous : <<http://www.ebg.admin.ch/themen/00008/00074/00209/00211/index.html?lang=de>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

## 2.4. Conclusion

[205] En tant que mécanismes de conciliation extrajudiciaires, les PCN peuvent jouer un rôle crucial pour faire respecter les droits de l'homme dans la vie économique et commerciale. Le PCN suisse offre une plate-forme de médiation de ce type, car il contribue à résoudre des problèmes survenus dans le cadre de l'application des principes directeurs de l'OCDE en ne se focalisant pas sur les positions juridiques mais sur les intérêts de chaque partie. En optant pour ce modèle, la Suisse a choisi une pratique qui rejoint la majorité des 43 États signataires des principes ; et en modifiant ultérieurement son fonctionnement (particulièrement en lui adjoignant un comité de contrôle auquel siègent des représentant-e-s de la société civile), elle a désormais amélioré l'implication active des groupes d'intérêt touchés.

# MARCHÉ DU TRAVAIL : SECTEURS SENSIBLES AUX DROITS DE L'HOMME

## I. INTRODUCTION

### 1. Droits de l'homme et marché du travail

[206] Dans ce chapitre, il sera question des secteurs du marché du travail qui sont sensibles aux droits de l'homme. Au sens large du terme, le marché du travail concerne la grande majorité des individus en âge de travailler, et non seulement il les concerne mais il revêt pour eux une importance pratique cruciale – qu'ils soient employés, employeurs, demandeurs d'emplois ou de places d'apprentissage. Dans ce domaine, l'État joue un double rôle : d'une part, il est employeur au même titre que les individus ou entités, et d'autre part il est également chargé de veiller au respect et à l'application du droit du travail.

[207] L'une des particularités du marché du travail réside dans l'asymétrie des rapports de force qui s'y exercent. Entre employeur et employé, la balance n'est pas équilibrée, et cette disproportion peut contribuer à amplifier certains problèmes relevant des droits de l'homme.

[208] Dotée d'un marché économique relativement restreint, la Suisse dépend de la main-d'œuvre étrangère.<sup>335</sup> C'est pourquoi les conditions de travail, et avec elles les questions de droits de l'homme y afférentes, concernent aussi bien des travailleurs suisses que des étrangers exerçant une activité professionnelle sur le territoire helvétique. Or, puisque le droit du travail est pratiquement applicable à un grand nombre de situations, et puisque le rapport de force entre les parties en jeu n'y est pas équilibré, force est de constater qu'il existe une forte densité réglementaire dans ce domaine, tant au niveau national que dans les constellations internationales qui impliquent un engagement de la Suisse.

[209] Dans l'ensemble, le droit suisse du travail propose des solutions majoritairement satisfaisantes aux problèmes de droits de l'homme pouvant surgir dans son rayon d'action. Néanmoins, un certain nombre d'études sociologiques menées sur ce sujet au cours des dernières années<sup>336</sup> ont fait la preuve qu'il subsiste quelques vides ou imperfections juridiques dans des situations pertinentes en matière de droits de l'homme.

[210] Les droits de l'homme directement liés au marché du travail sont de plusieurs ordres. Tout d'abord, il y a des droits ESC, comme le droit au travail rémunéré, l'égalité de salaire à travail égal, les droits de l'enfant<sup>337</sup> à l'éducation, à la formation et à la sécurité des conditions de travail. Mais il ne faut pas oublier aussi le droit à la non-discrimination, fondamentalement essentiel dans ce domaine. Juridiquement, une discrimination est toute forme qualifiée de traitement inégal sur la base d'un critère interdit par l'ordre juridique. Or, ce type

---

<sup>335</sup> Cf. OIT, Working Paper 1991.

<sup>336</sup> Cf. entre autres EGGER/BAUER/KÜNZLI, *passim* ; CFM Intégration et travail 2003, URS HEBERLIN/CHRISTIAN IMDORF/WINFRIED KRONIG, Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft et Geschlecht, Berne et al. 2004 ; ROSITA FIBBI/BÜLENT KAYA/ETIENNE PIGUET, Le passeport ou le diplôme ? Etude des discriminations à l'embauche des jeunes issus de la migration, Neuchâtel 2003.

<sup>337</sup> Cf. UNICEF et al., Droits de l'enfant et principe des entreprises 2012.

d'inégalité est constatable dans divers secteurs du marché du travail, comme le montre le schéma suivant, qui établit s'il y a discrimination, et si oui, sous quelle forme<sup>338</sup> :

- (1) Discrimination « avant l'embauche » : en amont d'un emploi, ces inégalités peuvent concerner la scolarité, la maîtrise de langues étrangères, la reconnaissance des diplômes et – pour les demandeurs d'emploi étrangers – le statut de séjour ;
- (2) Discrimination « à l'embauche » : p. ex. recherche d'une formation ou le passage de la première formation à la première embauche ;
- (3) Discrimination « après l'embauche » : particulièrement pendant l'embauche et l'emploi, en ce qui concerne la protection des employés et leur rémunération.

[211] D'après le Conseil fédéral, il existe un lien direct entre les domaines problématiques en matière de droits de l'homme et les efforts déployés par la Suisse au profit de l'intégration des migrants. En effet, la politique nationale d'intégration s'appuie sur les exigences posées par le droit des étrangers en matière d'intégration (respect de la Constitution fédérale, respect de la sécurité et de l'ordre publics, volonté de se former et de travailler, maîtrise d'une ou plusieurs langues nationales). Mais elle est s'appuie aussi sur une vaste politique de soutien qui fait principalement appel aux structures existantes dans les domaines pertinents pour l'intégration, structures dites réglementaires telles que l'école, la formation professionnelle et le marché du travail.<sup>339</sup>

[212] Dans ce chapitre, nous nous interrogerons tout d'abord sur la pertinence que revêtent, pour l'ensemble des droits de l'homme, ces domaines du marché du travail sensibles aux droits de l'homme : cette pertinence est-elle palpable, c'est-à-dire codifiée ? Nous présenterons les obligations internationales existantes et l'état de leur mise en application au niveau national (Normes internationales et leur application dans la législation suisse, § [216] et suivants).

[213] Ensuite, à partir des recommandations formulées par les organismes de veille des Nations Unies, nous nous pencherons dans un deuxième temps sur certains problèmes de droits de l'homme qui touchent le marché du travail en Suisse. Ces recommandations sont majoritairement axées sur les questions de discrimination ainsi que sur leurs implications et conséquences dans le domaine des droits de l'homme (Recommandations des organismes internationaux de veille et situation en Suisse, § [243] et suivants).

[214] Enfin, nous analyserons les options qui se présentent en matière de mesures à prendre et de solutions à adopter dans les domaines observés (Problèmes existants et solutions possibles, § [266] et suivants). Et pour terminer, après avoir jeté un coup de projecteur sur la cohérence des recommandations existantes (Cohérence des recommandations internationales, § [283] et suivants), nous dresserons un bilan des résultats (Bilan et perspectives, § [286] et suivants) qui nous permettra de clore ce chapitre.

## 2. Intégration dans le concept du Rapporteur spécial des Nations unies sur l'économie et les droits de l'Homme

[215] De par ses liens étroits avec les acteurs privés, ce sujet présente de nombreuses pertinences pour le travail du Rapporteur spécial des Nations Unies pour l'économie et les droits

<sup>338</sup> Concernant ce schéma en trois phases, voir entre autres EGGER/BAUER/KÜNZI, p. 14 ss.

<sup>339</sup> Conseil Fédéral, Rapport sur l'évolution de la politique d'intégration de la Confédération, 2010, p. 21 ss.

de l'homme. Comme nous l'avons mentionné en introduction, le concept qu'il a élaboré, et qui a été adopté par le Conseil des droits de l'homme (*protéger, respecter, réparer*) repose sur la classique trias des droits de l'homme : respecter, protéger, exécuter. Dans le cadre des recommandations présentées ici, et en rapport avec les secteurs du marché du travail sensibles aux droits de l'homme, ce sont le *Cadre*<sup>340</sup> et les principes directeurs de l'ONU<sup>341</sup> qui sont pertinents, car ils visent la protection des droits de l'homme dans un contexte économique, c'est-à-dire sur le lieu de travail. Ils concrétisent entre autres le devoir incombant à l'état de protéger les individus des atteintes aux droits de l'homme perpétrées par d'autres acteurs privés (*duty to protect*).

## II. DISPOSITIONS INTERNATIONALES ET LEUR APPLICATION NORMATIVE EN SUISSE

### 1. Niveau international et niveau régional

[216] Concernant le marché du travail, la Suisse est surtout liée aux normes universelles (ou régionales pour la CEDH) que nous allons évoquer ci-dessous, et particulièrement, à l'échelon international, à plusieurs textes : le pacte ONU I relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le pacte ONU II relatif aux droits civils et politiques, l'ICERD (Convention sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale), la CEDEF (Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes) et les instruments de l'OIT ratifiés par la Suisse. A l'échelon régional, c'est bien sûr la CEDH qui revêt une importance cruciale.

#### 1.1. Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ONU I)

[217] C'est principalement l'art. 6 de ce pacte qui touche le marché du travail, car il établit le droit au travail et engage les États parties, au deuxième alinéa, à prendre toutes les mesures nécessaires en vue d'assurer son exercice. Mais en plus d'autres dispositions incluses dans le pacte suite aux recommandations du Comité des droits ESC, le texte fixe également le droit à l'éducation et à la formation professionnelle.<sup>342</sup> Le Tribunal fédéral a avancé que les dispositions des art 6-15 du Pacte, sauf quelques rares exceptions, n'étaient pas immédiatement applicables,<sup>343</sup> mais cette opinion a soulevé la critique.<sup>344</sup> Le comité des droits ESC a d'ailleurs également exprimé des réserves sur cette pratique restrictive dans son dernier rapport sur la Suisse (2010) et maintenu le principe de justiciabilité de ces droits, en particulier de l'art. 7 let. a (i) (égalité salariale et non-discrimination au travail).<sup>345</sup> Il convient également de souligner que le manque de justiciabilité d'un droit (particulièrement en ce qui concerne

---

<sup>340</sup> CDH, *Cadre Ruggie* 2008.

<sup>341</sup> CDH, *Principes directeurs* 2011.

<sup>342</sup> Pour la recommandation formulée par le CESCR, voir ci-dessous, § [243] ss.

<sup>343</sup> ATF 121 V 229 consid. 3a, p. 232.

<sup>344</sup> CHRISTINE KAUFMANN, *Soziale Grundrechte*, dans : Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (éd.), *Staatsrecht*, Zurich 2011, § 41, ann. 18 ; KÄLIN/KÜNZLI, p. 119 ; DANIEL THÜRER, *Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte*, dans : Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), sous la dir. de Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland et Europa*, Band VII/2 : *Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein*, Zurich et al. 2007, p. 31 ss, § 43.

<sup>345</sup> CESCR, *Observations finales Suisse 2010*, § 5.

l'art. 6) n'affecte pas nécessairement son caractère contraignant. En ratifiant le pacte ONU I, la Suisse s'est engagée vis-à-vis de la communauté internationale à faire respecter les droits qu'il contient. Tant que ceux-ci ne peuvent pas être invoqués devant une juridiction, ils doivent être appliqués par le biais législatif et administratif. Mais le Conseil fédéral considère que les droits sociaux ont, dans la pratique suisse, un contenu largement programmatique.<sup>346</sup>

[218] Quant à l'art. 8 du pacte ONU I, qui statue les droits des individus en rapport avec leur participation syndicale, il revêt également une certaine importance.<sup>347</sup>

## 1.2. Pacte international sur les droits civils et politiques (pacte ONU II)

[219] Ce texte interdit généralement la discrimination, à son art. 26, mais cette interdiction n'a pas valeur générale à cause d'une réserve émise par la Suisse ; elle ne vise donc que les garanties du pacte. Ainsi, la Suisse n'est pas engagée exhaustivement et de manière indépendante à promouvoir l'égalité des chances et à prévenir la discrimination.

## 1.3. Convention internationale sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale (ICERD)

[220] Ce texte établit, à son art. 5 let. e et i, un droit au travail et au libre choix du lieu de travail, et il interdit à son art. 2, al. 1 let. a toute forme de discrimination raciale. En outre, il oblige les États contractants (art. 2, al. 1 let. b) à prendre des mesures pour prévenir les comportements privés racialement discriminatoires. En pratique, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) propose des interprétations ponctuelles qui insistent sur le fait que cette obligation incombe également aux entreprises. Ainsi, en 2007 puis de nouveau en 2012, il a invité l'État canadien à prendre des mesures législatives et administratives en vue de protéger la population indigène de diverses incidences négatives sur les droits de l'homme, et de chercher des moyens de faire répondre les entreprises des atteintes qu'elles commettent.<sup>348</sup> Au moment de ratifier l'ICERD, la Suisse a émis une réserve concernant l'applicabilité de l'art. 2, al. 1 let. a aux situations dans lesquelles elle souhaite régler seule l'accès des étrangers à son marché du travail.<sup>349</sup> Suite à la ratification, le Conseil fédéral a postulé qu'il n'était pas nécessaire que l'État prenne des mesures actives contre les discriminations raciales émanant de personnes privées, considérant comme suffisants les moyens offerts par le droit civil (et notamment l'art. 28 CC, l'art. 328 CO, ainsi que l'art. 2 CPC).<sup>350</sup>

## 1.4. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF)

[221] L'interdiction de discrimination prévue par la CEDEF est ambitieuse et globale. En plus d'être invitée à légiférer dans ce domaine (art. 2 let. b), la Suisse est expressément tenue (art. 2 let. e) de protéger les femmes contre les discriminations émanant de personnes pri-

<sup>346</sup> Conseil fédéral, Réponse à la motion 09.3279 (2009).

<sup>347</sup> Cf. sur ce point ci-dessous, § [270].

<sup>348</sup> CERD, Observations finales 2007, § 17, CERD, Observations finales Canada 2012, § 14.

<sup>349</sup> En ce qui concerne les réserves émises par la Suisse, voir : <[http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-2&chapter=4&lang=en#EndDec)> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>350</sup> Conseil fédéral, Message adhésion CERD 1992, p. 291.

vées, d'entreprises et d'organisations, et de prendre des mesures (même au niveau législatif) visant à prévenir les discriminations contre les femmes dans tous les domaines.

### 1.5. Organisation internationale du travail (OIT)

[222] La Suisse a ratifié de nombreuses conventions de l'OIT, qui touchent quatre droits du travail que l'on peut qualifier de droits fondamentaux de par leur caractère inhérent aux droits de l'homme, et qui sont également ancrés dans la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail, adoptée en 1998. Il s'agit de la protection contre le travail forcé, contre l'exploitation des enfants, contre la discrimination sur le lieu de travail, et de la liberté d'association syndicale liée au droit de négociation collective.<sup>351</sup>

[223] Parmi ces conventions fondamentales, la Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, ratifiée par la Suisse le 13 juillet 1961, engage la Suisse à légiférer pour mettre en pratique l'égalité des chances en matière d'emploi et de profession.<sup>352</sup> Elle vise non seulement les discriminations de sexe, mais aussi et surtout les discriminations d'origine.<sup>353</sup> Il est important de noter que ce texte comprend les discriminations directes et indirectes à l'égard de travailleurs migrants, ce qui implique qu'il peut y avoir discrimination même sans intention de discriminer. Un exemple : une enquête sur les places d'apprentissage réalisée pour la SEC a montré que lorsque les postulants sont tenus de mentionner leur nom dès le début dans leur candidature, il y a discrimination de fait pour les noms à consonance balkanique.<sup>354</sup>

[224] Avec le lancement de l'ATD (Agenda pour le travail décent, 1999), l'OIT a renforcé ses efforts pour la réalisation des droits fondamentaux du travail. L'ATD s'est fixé quatre objectifs : créer des emplois, garantir les droits du travail, améliorer la protection sociale et promouvoir le dialogue social. C'est dans le deuxième objectif (la garantie des droits) que s'inscrit en outre l'obligation des 185 États membres de faire appliquer le droit à travailler dans des conditions exemptes de discrimination.<sup>355</sup>

[225] Depuis longtemps, la Suisse s'engage à divers niveaux pour appliquer les droits de l'homme de manière cohérente, et en dernier lieu en proposant un projet de résolution concernant la cohérence du système multilatéral à la Conférence internationale du travail en juin 2011.<sup>356</sup> Quoique ce projet n'ait finalement pas vu le jour, la Suisse a néanmoins pu lancer un débat sur ce sujet important.

### 1.6. Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)

[226] L'art 14 de la CEDH interdit la discrimination ; néanmoins il convient de remarquer que cette interdiction ne concerne que les droits garantis par la CEDH – de même que, pour la

---

<sup>351</sup> Cf. sur ce point ci-dessus, note 42.

<sup>352</sup> Art. 3 let. b Convention OIT n° 111 (1958).

<sup>353</sup> Art. 1 al. 1 let. a Convention n° 111 ; STEFAN BRUPBACHER, *Fundamentale Arbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation*, Th. doc. Berne 2002, p. 16.

<sup>354</sup> Cf. sur ce point ci-dessous § [259].

<sup>355</sup> GARY S. FIELDS, *Decent Work and Development Policies*, dans : *International Labour Review*, 142 :2, p. 239-262, juin 2003, p. 242.

<sup>356</sup> OIT, *Projet de résolution 2011*.

Suisse, dans le cas du pacte ONU II. La CEDH ne stipule aucune interdiction générale de toute discrimination ; le 12ème protocole additionnel, qui prévoit une telle universalisation, n'a pas été ratifié par la Suisse.

### 1.7. Soft Law / Droit flou

[227] La Suisse a participé à plusieurs reprises à la création de normes de droit flou (ou droit mou) ; soulignons particulièrement le soutien actif qu'elle a apporté à la rédaction du Cadre adopté en 2008 ainsi qu'aux principes directeurs adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme.<sup>357</sup> En outre, elle a participé à la révision des principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales.

## 2. Aperçu de la réglementation nationale suisse

### 2.1. Conditions cadres s'appliquant aux acteurs des droits de l'homme sur le marché du travail (*state duty to protect*)

[228] En droit international public, les obligations incombant à la Suisse sont tout d'abord inscrites dans la Constitution fédérale. Avec son principe très vaste d'égalité de traitement et son interdiction de discrimination tout aussi vaste, l'art. 8 Cst. intègre dans le droit constitutionnel suisse les éléments correspondants émanant du droit international public. Mentionnons particulièrement l'art. 8, al. 3 Cst. – qui représente la seule disposition constitutionnelle suisse exerçant expressément un effet sur les tiers.<sup>358</sup> Ainsi, les actes de l'État sont globalement soumis à l'obligation de respecter cette égalité et à l'interdiction de discriminer y afférente, en vertu de l'art. 8 Cst.

[229] En revanche, les personnes privées ne sont que ponctuellement liées par cette obligation et par cette interdiction dans le domaine du travail. En Suisse, il n'existe ni un droit général à l'égalité de traitement vis-à-vis des personnes privées, ni une garantie constitutionnelle protégeant les individus contre la discrimination dans le secteur privé.<sup>359</sup> Certes, le législateur a adopté une loi sur l'égalité (LEg, 1996)<sup>360</sup> qui constitue une base juridique sur laquelle peuvent se fonder aussi bien les acteurs publics que certains acteurs individuels. Mais lorsqu'il y a violation du principe de non-discrimination pour d'autres raisons, les actions des individus privés sur le marché du travail ne sont pas toujours bien règlementées.

[230] L'art. 35, al. 3 Cst. stipule que les droits fondamentaux – valent également entre les personnes privées – dans la mesure où ils s'y prêtent. Pour certains droits, cela semble tout à fait faisable (droit à l'égalité de traitement, à l'égalité des chances, à la non-discrimination sur le lieu de travail). Mais cela pourrait éventuellement porter atteinte à l'autonomie con-

<sup>357</sup> Cf. ci-dessus, § [38] pour plus de détails concernant le droit mou (soft law).

<sup>358</sup> Art. 8 al. 3 phrase 3 : « L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale. » Concernant l'art. 35 Cst., voir ci-dessus, § [62].

<sup>359</sup> Voir en détail CHRISTINA HAUSMANN, *Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht - ein Überblick*, Berne 2008.

<sup>360</sup> LF du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (RS 151.1).

tractuelle, qui est également un droit fondamental constitutionnel ; il conviendrait donc au moins de thématiser cette dichotomie.<sup>361</sup>

[231] Les interdictions de discrimination inscrites dans la Constitution et dans le droit international public, de même que la réalisation de l'égalité des chances y afférentes, sont immédiatement applicables en droit administratif. La Commission fédérale contre le racisme (CFR) a néanmoins critiqué le manque d'interdictions expresses dans les lois administratives elles-mêmes.<sup>362</sup> Il convient ici de distinguer entre l'obligation juridique et la sensibilisation des services administratifs concernés. D'une part, d'un point de vue juridique, l'interdiction constitutionnelle existante est applicable à toutes les activités de l'État, qu'elle soit reprise ensuite explicitement dans un arrêté administratif ou non. La législation suisse n'a pas pour habitude de reprendre tous les droits fondamentaux dans chaque texte de droit administratif ; en invoquant expressément l'interdiction de discrimination dans certains textes administratifs ponctuels, on pourrait donc créer l'impression qu'à contrario, elle n'est pas applicable lorsqu'elle n'est pas soulignée. Reste d'autre part, sans doute, la question de la sensibilisation des administrations à cette nécessité ; mais il est possible d'y répondre par des formations internes et externes ou en concrétisant plus efficacement certaines mesures de lutte contre la discrimination t. q. cahiers des charges, guides à l'intention du personnel, etc.

[232] Dans le cas du contrôle de l'État sur les personnes privées – p. ex. lorsque l'OFAP a enquêté sur la question de savoir si la nationalité constitue un critère abusif pour le calcul des primes d'assurances – celui-ci est tenu, en vertu de l'art. 35, al. 3 Cst., de faire valoir l'interdiction de discrimination même entre les personnes privées. Mais le fait que cette interdiction ne soit pas reprise dans la législation de droit civil produit des disparités dans les interprétations.<sup>363</sup>

[233] En juin 2012, le Département fédéral des finances a publié des recommandations internes s'appuyant sur les recommandations de l'OIT pour les achats publics de la Confédération ; d'après ces principes, les services fédéraux chargés de l'approvisionnement doivent exiger de leurs fournisseurs qu'ils respectent les conventions de l'OIT.<sup>364</sup>

[234] Enfin, le Parlement fédéral a également appliqué une politique de RH qui réalise l'égalité des chances et prend en compte la gestion de la diversité.<sup>365</sup>

## 2.2. Conditions cadres pour les employeurs du secteur privé (*corporate responsibility to respect*)

[235] En Suisse, les personnes privées sont tenues, au civil et au pénal, de garantir l'égalité des chances et la non-discrimination à leurs employés et candidats.

[236] Dans une certaine mesure, les normes privées (t.q. l'art. 2, al. 2 CC – Garantie de bonne foi) protègent des discriminations. Les tribunaux peuvent de plus interpréter des normes relevant du droit des contrats dans un sens tel qu'elles puissent également

---

<sup>361</sup> Cf. ANNE PETERS, Diskriminierungsverbote, dans : Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (éd.), sous la dir. de Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, Handbuch der Grundrechte in Deutschland et Europa, vol. VII/2 : Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Zurich et al. 2007, p. 255 ss ann. 91.

<sup>362</sup> NAGUIB, p. 38.

<sup>363</sup> Ibid., p. 39.

<sup>364</sup> DFF, Recommandations 2012, p. 10 ss Cf. chapitre III.2.4.

<sup>365</sup> <<http://www.epa.admin.ch/themen/personalpolitik/00264/index.html?lang=fr>> (consulté le 3 août 2013).

s'appliquer à des relations préalables au contrat (p. ex. art 328 CO).<sup>366</sup> Dans un arrêt du Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, l'art. 328 CO est considéré comme obligeant les employeurs à protéger la personnalité du travailleur même pendant la procédure de candidature : l'employeur est tenu de respecter la personnalité du travailleur pendant la candidature, et il serait inéquitable de ne pas pouvoir porter plainte pour abus de cette obligation au simple motif qu'il n'y a pas encore de contrat de travail écrit.<sup>367</sup> Les victimes de discriminations protégées par la LEg disposent de garanties juridiques concrètes t. q. l'art. 7 LEg (droit de recours des organisations) et l'art. 6 LEg (Allègement du fardeau de la preuve). Quant aux droits concrets, ils sont mentionnés aux art. 5 et 8 ss.

[237] L'art. 336c, al. 1 let. c CO protège les femmes enceintes du licenciement pendant leur grossesse et les 16 semaines qui suivent leur accouchement, peu importe que la mère soit capable de travailler ou non.<sup>368</sup> Selon l'art. 336c, al. 2 CO, un congé donné pendant cette période sera nul, et s'il est donné avant cette période, il sera prolongé de cette durée.<sup>369</sup> Il y a donc au moins protection des femmes enceintes contre la discrimination due à leur état.

[238] De manière similaire, l'art. 10, al. 1 LEg, stipule qu'un congé est annulable lorsqu'il fait suite à une action en respect de l'égalité de traitement. Dans ce contexte, l'art. 335, al. 2 CO prévoit qu'un congé doit, sur demande, être justifié par écrit, car employés et employeurs ont également droit à une explication.<sup>370</sup> Celle-ci est indispensable pour permettre de juger si le congé est abusif.<sup>371</sup>

### 2.3. Importance des initiatives privées

[239] Parallèlement aux mécanismes de nature législative, la responsabilité des entreprises fait également l'objet d'un certain nombre d'initiatives privées. Plusieurs sociétés suisses ont lancé ou soutiennent des programmes visant à protéger les employés sur leur lieu de travail contre des abus de droit commis par des acteurs privés. Soutenant directement certaines de ces initiatives, la Suisse participe à la mise en œuvre de cette *responsibility to respect* (Partie II des *Principes directeurs*), qui engage et oblige les entreprises à respecter les droits de l'homme dans toutes leurs activités commerciales. Dans cette optique, il n'est pas uniquement intéressant pour les futurs employés de se voir protégés contre les discriminations et assurés d'avoir accès à l'égalité des chances en entrant sur le marché du travail, mais c'est également un aspect positif pour les entreprises, car si elles appliquent une politique d'embauche non discriminatoire, elles peuvent ensuite tirer le meilleur parti de leur vivier de compétences et y installer une atmosphère de travail agréable.<sup>372</sup>

[240] Autres codes destinés aux entreprises et particulièrement pertinents pour la Suisse : le *Pacte mondial des Nations Unies* et le *Code de conduite international des entreprises de sé-*

<sup>366</sup> Pour les obligations découlant de dispositions du droit public, voir ATF 132 III 257.

<sup>367</sup> Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T304.021563), de même que Arbeitsgericht Zurich, 2. Abteilung, Geschäft n° AN 050401/U 1 du 13 janvier 2006. Dans la première cause, la demanderesse n'avait pas été embauchée à cause de sa couleur de peau, et dans la deuxième affaire, à cause de son origine.

<sup>368</sup> STREIFF/VON KAENEL, art. 336c, p. 726 ann. 9.

<sup>369</sup> Ibid., art. 336c, p. 727 ann. 10.

<sup>370</sup> Ibid., art. 335, p. 605 ann. 13.

<sup>371</sup> ATF 121 III 60, p. 61. Voir en particulier le considérant 3b.

<sup>372</sup> CAPLAZI/NAGUIB, ann. 69.

*curité privées* (ICoC). Le premier, signé par près de 70 entreprises suisses<sup>373</sup>, fixe dans son principe n° 6 l'interdiction de discrimination au recrutement.<sup>374</sup> De même pour l'art. 42 ICoC, signé par sept entreprises suisses au moment où nous écrivons ces lignes.<sup>375</sup> Ce dernier document doit beaucoup à l'initiative de la Suisse, puisque le projet de texte est le fruit d'une collaboration entre le DFAE et les entreprises de sécurité participantes.<sup>376</sup>

[241] Afin d'améliorer la communication sur les fondements juridiques du principe de non-discrimination, diverses mesures ont été prises en Suisse : le SECO et l'OFAS ont créé la première plateforme d'information en ligne « Conciliation travail-famille : mesures cantonales et communales », qui constitue un élément pratique important pour l'exercice de l'égalité des chances au travail, et en particulier pour les mères.<sup>377</sup> Egalement, la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF) a élaboré un guide de la CEDEF à l'adresse des avocats afin de leur faciliter l'accès aux informations pertinentes.<sup>378</sup>

[242] Quant à la jurisprudence du TF, elle n'exclut pas a priori les instruments du droit mou (t.q. réglementations internes aux entreprises ou aux organisations), et en particulier là où ces instruments permettent de concrétiser des droits revenant aux employés.<sup>379</sup> Mentionnons dans ce contexte un règlement élaboré par l'UBS en 2009 en collaboration avec l'Aide suisse contre le sida<sup>380</sup>, sous la forme de deux déclarations de principe visant à protéger, à leur place de travail, les employés handicapés ou malades chroniques<sup>381</sup> ou les personnes concernées par le VIH/sida<sup>382</sup>. L'UBS n'est d'ailleurs pas le seul employeur suisse à s'engager sur ce sujet.<sup>383</sup> Enfin, signalons également les *Principes d'autonomisation des femmes* (PAF) soutenus par la Confédération et signés jusqu'à ce jour par cinq entreprises suisses, qui encouragent les employeurs à poursuivre leurs efforts pour créer une culture d'entreprise favorable à l'égalité.<sup>384</sup>

---

<sup>373</sup> Liste des entreprises signataires pour la Suisse : <[http://www.unglobalcompact.org/participants/search?commit=Search&keyword=&country\[\]=34&joined\\_after=&joined\\_before=&business\\_type=2&sector\\_id=all&listing\\_status\\_id=all&cop\\_status=all&organization\\_type\\_id=&commit=Search](http://www.unglobalcompact.org/participants/search?commit=Search&keyword=&country[]=34&joined_after=&joined_before=&business_type=2&sector_id=all&listing_status_id=all&cop_status=all&organization_type_id=&commit=Search)> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>374</sup> Voir : <<http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/TheTenPrinciples/principe6.html>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>375</sup> Liste actualisée des sociétés signataires : <<http://www.icoc-ppsp.org/ICoCSignatoryCompanies.html>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>376</sup> DFAE, fact sheet ICoC 2011.

<sup>377</sup> Voir : <<http://www.berufundfamilie.admin.ch/informationsplattform/index.html?lang=fr>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013). Cette initiative fait suite à une plateforme moins exhaustive lancée dès 2001 par l'UPS en 2001.

<sup>378</sup> Guide de la CEDEF pour la pratique juridique, <<http://www.ekf.admin.ch/dokumentation/00596/index.html?lang=fr>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>379</sup> ATF 136 IV 97, p. 112. En l'espèce, le TF se réfère aux directives d'éthique médicale à respecter lors du traitement de personnes détenues par la justice ; directives publiées par l'Académie suisse des sciences médicales.

<sup>380</sup> Rapport annuel de l'Aide suisse sur le sida, 2009, <<https://www.aids.ch/fr/downloads/pdf/rapport-annuel-2009.pdf>>, p. 13.

<sup>381</sup> <[http://www.workpositive.ch/images/stories/docs/74659FP\\_Grundsatzzerklrung\\_Krankheit.pdf](http://www.workpositive.ch/images/stories/docs/74659FP_Grundsatzzerklrung_Krankheit.pdf)> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>382</sup> <[http://www.workpositive.ch/images/stories/docs/74660FP\\_Grundsatzzerklrung\\_HIV\\_AIDS.pdf](http://www.workpositive.ch/images/stories/docs/74660FP_Grundsatzzerklrung_HIV_AIDS.pdf)> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>383</sup> Cf. la liste <<http://www.workpositive.ch/fr/employeurs-engages.html>> (consultée le 2 août 2013).

<sup>384</sup> Entreprises signataires des PAF en date du 17 avril 2012 : <[http://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/WEPS\\_CEO\\_Statement\\_of\\_Support\\_Signatories.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/WEPS_CEO_Statement_of_Support_Signatories.pdf)> (consulté le 2 août 2013).

### 3. Recommandations des organes de contrôle internationaux

#### 3.1. Comité des droits économiques, sociaux et culturels

[243] La recommandation du CESCR qui nous intéresse ici est la suivante :

*Le Comité recommande à l'État partie de prendre des mesures concrètes pour lutter contre le chômage parmi les groupes vulnérables de la population, promouvoir leur intégration dans le marché du travail et chercher à développer la formation professionnelle et l'apprentissage parmi les jeunes d'origine étrangère.*<sup>385</sup>

[244] Trois éléments sont ici étroitement liés et doivent être considérés ensemble :

- La lutte contre le chômage pour les groupes particulièrement vulnérables de la population ;
- La promotion de leur intégration sur le marché du travail ;
- Le développement des opportunités de formation professionnelle pour les jeunes d'origine étrangère.

[245] Précisant brièvement ce qu'il faut entendre par « particulièrement vulnérable », le texte annexe ajoute qu'il s'agit particulièrement des personnes migrantes, des femmes ainsi que des jeunes d'origine étrangère.

[246] Pour formuler cette recommandation de novembre 2010, le CESCR s'est appuyé sur l'art. 6 du pacte ONU I :

*(1) Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit au travail, qui comprend le droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, et prendront des mesures appropriées pour sauvegarder ce droit.*

*(2) Les mesures que chacun des États parties au présent Pacte prendra en vue d'assurer le plein exercice de ce droit doivent inclure l'orientation et la formation techniques et professionnelles, l'élaboration de programmes, de politiques et de techniques propres à assurer un développement économique, social et culturel constant et un plein emploi productif dans des conditions qui sauvegardent aux individus la jouissance des libertés politiques et économiques fondamentales.*

[247] Dans ses observations finales, le CESCR exprime son inquiétude face au chômage élevé qui touche certains groupes de la population tels que les migrants, les femmes et en général les jeunes, particulièrement ceux qui sont issus de l'immigration. A cet égard, il considère comme insuffisantes les mesures prises par la Suisse jusqu'à présent dans ce domaine.<sup>386</sup>

[248] Lors des procédures de consultation préalable à l'élaboration de ce document de novembre 2010, le Comité a exprimé quelques réserves sur certaines mises en œuvre, constatant par exemple que les jeunes d'origine étrangère avaient moins accès à la formation universitaire – tout en ayant parallèlement de moindres chances dans la recherche d'une place d'apprentissage. Il a également pointé du doigt le manque relatif de données statistiques sur

<sup>385</sup> CESCR, Observations finales Suisse 2010, § 9.

<sup>386</sup> Ibid., § 9.

cette question<sup>387</sup> ainsi que les mesures de lutte contre le chômage des jeunes annoncées par la Suisse<sup>388</sup> dans ses rapports périodiques présentés au CESCR sur l'application du Pacte (E/C.12/CHE/2-3)<sup>389</sup>. Ceci n'est pas nouveau, puisque déjà en 2009, la Suisse avait été invitée à fournir plus de détails sur ses actions concrètes.<sup>390</sup>

### 3.2. Recommandations du CDH dans le cadre de l'*Examen périodique universel (EPU)*

[249] Dans son premier EPU, le CDH a recommandé de :

*Renforcer les actions menées pour garantir l'égalité des chances sur le marché du travail, en particulier aux femmes des groupes minoritaires.*<sup>391</sup>

[250] Cette recommandation suggérait à la Suisse d'intensifier ses efforts pour réaliser l'égalité des chances au moment de l'entrée sur le marché du travail, tant pour les acteurs publics que pour les personnes privées. Le CDH propose particulièrement de se concentrer sur la situation des femmes appartenant à une minorité de population.

[251] Ceci rejoint les recommandations du CESCR, tout en se focalisant sur un groupe cible encore plus étroit (particulièrement les femmes issues de groupes minoritaires).

[252] Dans le cadre du deuxième EPU, qui a eu lieu le 29 octobre 2012 pour la Suisse, une série de recommandations pertinentes pour le marché du travail ont été formulées, et en particulier celle (équivalente à 2008) d'agir contre l'inégalité professionnelle, en particulier en ce qui concerne les salaires et les positions de responsabilité. Acceptée dans ce cycle par six États<sup>392</sup>, elle a immédiatement été agréée par la Suisse.

[253] D'autres recommandations ont également été formulées sur ce point : la Slovaquie recommande de prendre des mesures pour réduire l'inégalité entre femmes et hommes sur le marché du travail, et particulièrement en améliorant le système de garde d'enfants.<sup>393</sup> Le Conseil fédéral a également accepté une recommandation concernant la ratification de la convention n° 189 sur un travail décent pour les travailleurs et travailleuses domestiques (Philippines).<sup>394</sup> Adoptée en 2011 par l'OIT, cette convention a été ratifiée par l'Uruguay, les Philippines et l'Île Maurice. De plus, le Conseil fédéral a souligné dans sa réponse à la motion Rytz que cette convention doit être présentée au Parlement, en vertu de l'art. 19 de la Constitution de l'OIT, indépendamment du résultat de l'examen actuel qui doit signifier si elle le

---

<sup>387</sup> CESCR, Compte rendu analytique 39<sup>e</sup> séance 2010, § 29.

<sup>388</sup> CESCR, Compte rendu analytique 38<sup>e</sup> séance 2010, § 4.

<sup>389</sup> CESCR, Observations finales Suisse 2008, § 121 s.

<sup>390</sup> CESCR, Liste de points à traiter 2009, § 11, 31.

<sup>391</sup> CDH, EPU Suisse 2008, Recommandation 57.19, p. 16.

<sup>392</sup> CDH, EPU Suisse 2012, Recommandation 122.21-26, p. 16.

<sup>393</sup> Ibid., Recommandation 123.75, p. 22. Le Conseil fédéral voulait attendre le résultat de la votation du 3 mars 2013 sur l'arrêté fédéral sur la politique familiale du 15 juin 2012 – le projet échoua faute d'avoir obtenu la majorité des cantons.

<sup>394</sup> Ibid., Recommandation 123.6, p. 18.

droit suisse lui est conforme.<sup>395</sup> Enfin, une proposition de la Russie pour réduire le chômage des migrants a également été acceptée dans un commentaire explicatif.<sup>396</sup>

[254] Par contre, la recommandation 124.1 – ratification de la Convention internationale sur la protection de tous les travailleurs migrants et de leurs familles – a été rejetée par la Suisse comme déjà en 2008, immédiatement après examen.<sup>397</sup>

### 3.3. Autres recommandations

[255] Il existe un certain nombre de recommandations contre la discrimination, dont certaines sont formulées en termes très généraux, et qui ne concernent pas spécifiquement le marché du travail.<sup>398</sup> Parmi elles, deux rapports périodiques concernant la Suisse contiennent au moins quelques indications supplémentaires du même ordre que les recommandations formulées dans le cadre de l'EPU. D'une part, la Suisse a annoncé des mesures dans un récent rapport présenté au Comité pour l'élimination de la discrimination raciale (CERD) sur la situation de la formation professionnelle et en général sur l'éducation des jeunes étrangers, et en particulier sur la discrimination qui les frappe.<sup>399</sup>

[256] D'autre part, dans le cadre du Rapport CEDEF la concernant, la Suisse a également confirmé qu'elle était consciente des difficultés d'intégration qui se posent particulièrement aux femmes d'origine étrangères en général, et dans le monde du travail en particulier.<sup>400</sup>

## 4. Mesures induites en Suisse par les recommandations émises

### 4.1. Mesures mises en place

[257] Ces dernières années ont vu surgir diverses mesures visant à mieux prévenir les discriminations et à améliorer l'égalité des chances sur le marché du travail.

[258] En 2008, la Société suisse des employés de commerce (SEC) a lancé un projet pilote intitulé *smart selection*<sup>401</sup>, visant particulièrement à réduire les inégalités induites par des critères discriminants t.q. noms de famille à consonance étrangère (balkanique en l'occurrence) au moment de l'attribution de places d'apprentissage. Ce projet a mis en évidence que les postulants concernés par ce critère (nom à consonance balkanique) étaient

<sup>395</sup> Conseil national, Motion 12.3928 (Rytz) ; Conseil fédéral, Réponse à la motion 12.3928 (2012).

<sup>396</sup> CDH, EPU Suisse 2012, Recommandation 123.55, p. 21. Dans son avis d'agrément, le Conseil fédéral a expliqué que des mesures actives ont déjà été prises pour diminuer le taux de chômage des ressortissants étrangers, et surtout des femmes et des garçons, ainsi dans le cadre des programmes d'intégration cantonaux, de la Stratégie de lutte contre la pauvreté et des réorientations stratégiques des offices publics de l'emploi.

<sup>397</sup> Ibid., Recommandation 124.1, p. 23. Notons que ce rejet s'inscrit dans le cadre d'un rejet général de la part des États industrialisés et pays d'immigration.

<sup>398</sup> Ainsi les recommandations 123.27-29 (Adopter une législation globale contre la discrimination, particulièrement contre le racisme) et 123.31, 123.38 (Adopter des stratégies globales ou mesures additionnelles de lutte contre la discrimination).

<sup>399</sup> CERD, Rapports périodiques Suisse 2005, §§ 331 ss.

<sup>400</sup> CEDEF, Compte rendu analytique 894<sup>e</sup> séance 2009, §§ 5 et 57.

<sup>401</sup> Rapport en allemand <<http://www.nahtstelle-transition.ch/files/nst8931b.pdf>> (consulté le 2 août 2013)

effectivement et manifestement défavorisés dans la procédure de sélection lorsqu'ils devaient mentionner le nom dès le début de leur candidature. La Confédération n'avait pas estimé nécessaire de légiférer sur cette question en 2007,<sup>402</sup> mais il conviendrait de réviser cette attitude à la lumière des recommandations qui ont été formulées depuis, et des principes directeurs de l'ONU, qui réclament tout de même que l'État intervienne activement pour protéger les droits de l'homme dans les interactions entre personnes privées. En particulier, il faudrait s'interroger sur la nécessité de prendre des mesures, non pas seulement législatives, mais également d'autre nature, pour améliorer cette situation. En 2011, à la demande du SLR et du Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées, le Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population (SFM) a commandé une enquête sur les mesures de lutte contre l'inégalité dans le monde du travail, et particulièrement au moment de l'accès à l'emploi.<sup>403</sup> Les chercheuses qui se sont penchées sur la question ont conclu que pour le domaine de l'égalité hommes-femmes, les mesures essentielles avaient certes déjà été engagées, mais qu'en revanche pour la discrimination ethnique, la Suisse ne disposait que d'expériences limitées ; les recruteurs ne semblent donc presque jamais se préoccuper de ne pas désavantager les candidats sur leur origine, et ne semblent d'ailleurs que très peu sensibilisés à ce problème.<sup>404</sup>

[259] La même année, en 2011, l'OIT a adopté sa Convention concernant le travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques,<sup>405</sup> qui entrera en vigueur en 2013, une année après ratification par les Philippines (deuxième État signataire, condition nécessaire pour son entrée en vigueur). Vu le nombre important de domaines juridiques touchés par cette convention, qui impliquent donc une consultation des cantons ainsi que de délicats aspects de politique migratoire et de comportements à adopter en tant que pays hôte, la Suisse n'a pas encore terminé l'examen préalable de cette convention.<sup>406</sup> Parallèlement, le Conseil fédéral a adopté en août 2011 une ordonnance sur les domestiques privés (ODPr),<sup>407</sup> qui régleme l'entrée, le séjour et les conditions de travail des domestiques privés attachés au personnel diplomatique, consulaire, en mission permanente ou travaillant pour les organisations internationales – ce texte prend en compte la nécessité de protéger particulièrement ces domestiques, qui sont souvent de nationalité étrangère.

## 4.2. Mesures annoncées

[260] En novembre 2011, le Conseil fédéral s'est déclaré favorable à une réforme juridique des conditions d'intégration conforme aux recommandations du CDESCR et du CDH. Le plan d'intégration élaboré par la Confédération et les cantons propose donc une modification partielle de la LEtr.<sup>408</sup>

---

<sup>402</sup> Conseil des États, Interpellation 07.3265 (Fetz).

<sup>403</sup> SLR, Étude Discriminations 2011.

<sup>404</sup> Ibid., p. 54.

<sup>405</sup> Texte en anglais et en français : <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_157836.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_157836.pdf)> (consulté le 2 août 2013).

<sup>406</sup> Cf. Conseil fédéral, Réponse à la motion 12.3928 (2012).

<sup>407</sup> Ordonnance du 6 juin 2011 sur les conditions d'entrée, de séjour et de travail des domestiques privés des personnes bénéficiaires de privilèges, d'immunités et de facilités (RS 192.126).

<sup>408</sup> Communiqué DFJP du 23 novembre 2011 : <<http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2011/2011-11-232.html>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

[261] Sur ce, le Conseil fédéral a émis en mars 2013 un message proposant modification de la LEtr.<sup>409</sup> Les adaptations y incluses constituent une partie essentielle de son plan d'intégration, à commencer par une augmentation du budget affecté devant atteindre un maximum de 40 millions de francs ainsi qu'une intensification du dialogue avec tous les partenaires importants. Sont également prévues, dans le projet de loi LEI proposé par l'Assemblée fédérale, des conventions d'intégration, qui doivent inciter les migrants mais aussi les impliquer de manière contraignante, par exemple à acquérir des compétences linguistiques (art. 58b projet LEI). Parallèlement, les employeurs doivent aussi être impliqués dans l'intégration de leurs employés étrangers et de leurs familles, principalement en les informant des soutiens qu'ils peuvent recevoir pour réussir leur intégration.<sup>410</sup> En effet, le message du CF constatait sur ce point qu'il convient de promouvoir l'intégration des travailleuses et travailleurs étrangers et de leurs familles, et qu'il échoit aux cantons et à la Confédération d'évacuer les discriminations pouvant éventuellement résulter de conflits de compétence entre différentes autorités.<sup>411</sup>

[262] Le plan d'intégration a également fait son entrée dans la loi sur la formation professionnelle (LFPr)<sup>412</sup> : dans l'article exposant le but du texte, le CF demande d'ajouter la promotion de l'égalité des chances pour les étrangers afin de souligner l'importance de cet objectif, ainsi que de l'intégration.<sup>413</sup>

[263] Même projet pour la loi sur l'assurance-chômage obligatoire (LACI)<sup>414</sup>, où l'on se propose surtout d'améliorer la coopération entre les organes exécutifs du droit d'asile et des étrangers, d'un côté, et ceux de l'assurance chômage, de l'autre. Les dispositions concernant cette amélioration seraient à ancrer dans les mesures concernant le marché du travail (art. 59, al. 5 du projet de loi LACI) ainsi que dans la coopération interinstitutionnelle (art. 85f, al. 1 let. e). En outre, les personnes au chômage doivent pouvoir augmenter leur valeur sur le marché du travail suisse en obtenant aides à la formation professionnelle au cas où leur diplôme obtenu à l'étranger ne serait pas reconnu en Suisse, (art. 66a, al. 1 let. c).

[264] Par ailleurs, dans son message sur la LFPr de mai 2013,<sup>415</sup> le Conseil fédéral se propose de fournir un accès à la formation au plus grand nombre possible de personnes et de renforcer l'égalité des chances à cet accès, p. ex. pour les personnes avec handicap ou migrantes.<sup>416</sup> Il propose également, dans ce projet, de promouvoir les compétences fondamentales nécessaires aux adultes pour une intégration plus réussie (lecture, écriture, mathématiques de base, utilisation des TIC, connaissances citoyennes de base).<sup>417</sup>

<sup>409</sup> Conseil fédéral, Message Intégration 2013, FF 2013 2131.

<sup>410</sup> Art. 58c projet LEI : « L'employeur contribue, dans l'entreprise, à l'intégration des employés étrangers. Il les informe des offres d'encouragement à l'intégration appropriées et leur apporte son soutien pour qu'ils puissent en bénéficier. »

<sup>411</sup> Conseil fédéral, Message Intégration 2013, p. 2406.

<sup>412</sup> Loi sur la formation professionnelle du 13 décembre 2002 (RS 412.10).

<sup>413</sup> Conseil fédéral, Message Intégration 2013, p. 2403.

<sup>414</sup> LF du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837). Conseil fédéral, Message Intégration 2013, p. 2438 ss.

<sup>415</sup> Conseil fédéral, Message formation continue (2013), FF 2013 3265.

<sup>416</sup> Art. 8 Projet de LFPr : « La Confédération et les cantons s'efforcent : a. de réaliser l'égalité effective entre les femmes et les hommes; b. de tenir compte des besoins particuliers des personnes avec un handicap; c. de faciliter l'intégration des étrangers; d. d'améliorer les chances des personnes peu qualifiées sur le marché de l'emploi. Voir Conseil fédéral, Message Intégration 2013, p. 3756.

<sup>417</sup> Art. 13-16 Projet de LFPr ; Conseil fédéral, Message Formation continue 2013, p. 3757 ss.

[265] Enfin, en 2008, les Chambres fédérales avaient accepté la motion Barthassat, qui chargeait le Conseil fédéral de permettre une formation professionnelle aux jeunes sans papiers ayant complété leur scolarité en Suisse.<sup>418</sup> Le 1<sup>er</sup> février 2013 a été modifiée l'OASA<sup>419</sup> au sens où désormais, les jeunes étrangers sans papiers bien intégrés (c'est-à-dire parlant une langue nationale, respectueux des lois suisses et ayant complété au moins cinq années de scolarité obligatoire en Suisse) peuvent effectuer une formation professionnelle. De manière analogue à la réglementation sur les cas de rigueur, les jeunes concernés doivent prouver leur identité lors de leur demande.<sup>420</sup>

### III. PROBLÈMES SUBSISTANTS ET OPTIONS POSSIBLES

#### 1. Problèmes subsistants

##### 1.1. Dans la promotion de l'intégration

[266] Selon une récente étude de l'OCDE sur l'intégration des migrants sur le marché suisse du travail, les résultats sont encourageants.<sup>421</sup> Néanmoins, l'étude met également en lumière divers déficits en ce qui concerne l'intégration sur le marché du travail de certains groupes spécifiques de populations migrantes. Elle critique particulièrement quatre points : l'absence d'un programme ciblant spécifiquement les migrants humanitaires, le désavantage touchant les mères d'enfants en bas âge, qui n'ont pas accès à la totalité des mesures actives pour l'emploi, la reconnaissance insuffisante de diplômes émis dans des États non membres de l'OCDE (alors que les personnes concernées disposent en réalité d'une bonne formation), et finalement elle reproche aux cantons la scolarisation trop tardive des enfants d'immigrés, qui les désavantage partiellement au niveau scolaire.

##### 1.2. Dans le contexte de la discrimination

[267] En formulant une recommandation visant à lutter contre le chômage de certains groupes de personnes et de promouvoir leur intégration sur le marché du travail, le CESC indique a contrario que ces groupes sont insuffisamment protégés de certaines discriminations. La Suisse ne dispose pas en effet d'une garantie juridique générale en ce qui concerne l'accès au marché du travail, contrairement aux États membres de l'Union européenne qui ont modifié leur législation en application de la directive 2000/43, introduisant une protection globale contre les discriminations.<sup>422</sup> Les Pays Bas, par exemple, ont instauré un bureau

---

<sup>418</sup> Conseil national, motion 08.3616 (Barthassat).

<sup>419</sup> Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, le séjour et l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201).

<sup>420</sup> Nouvel art. 30a LASA.

<sup>421</sup> OCDE, Working Paper 2012.

<sup>422</sup> Directive 2000/43/EG du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique. Sur la question de la discrimination raciale en droit européen, voir également OLIVIA LE FORT/MAYA HERTIG, La discrimination raciale sur le marché de l'emploi en droit européen, dans : Tangram n° 29 de la CFR de juin 2012, p. 80 ss.

national de l'égalité des chances, dont le rôle est d'assurer une médiation et d'enregistrer les plaintes des victimes.<sup>423</sup>

[268] Si les recommandations du CDESCR et du CDH n'appellent pas à mettre en place une garantie juridique globale contre la discrimination au moment de l'accès au marché du travail, il n'en reste pas moins que ce manque se fait sentir. Alors que certains groupes désavantagés bénéficient de garanties législatives spécifiques visant à prévenir leur discrimination (femmes, personnes avec un handicap), d'autres groupes également désavantagés n'ont pas cet avantage (p. ex. les jeunes d'origine étrangère, mentionnés expressément par le CDESCR). Il est vrai que, comme nous l'avons indiqué, le droit privé ouvre certaines possibilités pour lutter contre les discriminations, en particulier via des clauses générales en droit des contrats.<sup>424</sup> Cependant, par manque d'un cadre juridique global, les parties contractantes ignorent souvent quelles sont leurs obligations sur le marché du travail, mais aussi quels sont leurs droits ou les restrictions qui s'imposent à leur liberté de contracter. De plus, rares sont les personnes issues de l'immigration qui connaissent la « norme pénale sur le racisme » (art. 261bis CP).

[269] Autre fait qui nous semble problématique : à l'heure actuelle, les ressortissants de l'UE et de l'AELE bénéficient d'une protection anti-discriminations plus vaste que les ressortissants d'autres pays, y compris la Suisse.<sup>425</sup> En effet, les accords passés avec l'UE et l'AELE interdisent généralement la discrimination sur des critères de nationalité ; cette interdiction, pertinente en droit du travail, est applicable immédiatement aux rapports employé-employeur en droit privé, et les ressortissants de ces deux communautés peuvent donc s'en réclamer directement.<sup>426</sup>

### 1.3. En cas de congé pour activité syndicale

[270] Notre prochaine remarque ne provient pas d'une recommandation émanant d'un organisme de contrôle international, mais elle a été formulée à plusieurs reprises par l'OIT : le Code des obligations suisse ne sanctionne pas assez les congés abusifs en cas d'activité syndicale. En 2004, le Comité de la liberté syndicale a salué un recours engagé par l'union syndicale suisse (USS) et invité la Suisse à modifier sa législation en la matière.<sup>427</sup> Cet appel a été renouvelé en 2006.<sup>428</sup> Plusieurs tentatives de révision partielle du CO ayant échoué,

<sup>423</sup> CAPLAZI/NAGUIB, ann. 97a.

<sup>424</sup> Voir sur ce point ci-dessus § [235] ss.

<sup>425</sup> ATF 2C 354/2011 du 13 juillet 2012 : la discrimination au profit des citoyens nationaux fait partie de l'accord sur la libre circulation des personnes et devrait donc être modifiée par le législateur. Voir également Simonetta Sommargua, *Rechtsentwicklung im Wechselspiel von Gerichten et Gesetzgeber*, dans : *Justice – Justiz – Giustizia* 2012/4, § 15-17.

<sup>426</sup> KATHRIN BUCHMANN, *Schutz vor rassistischer Diskriminierung – eine Frage der Staatsangehörigkeit*, dans : *Tangram* n° 29 de la CF, juin 2012, p. 85.

<sup>427</sup> Cause n° 2265 du 14 mai 2003  
<[http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0::NO::P50001\\_COMPLAINT\\_FILE\\_ID:2897410](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0::NO::P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2897410)> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013), énumérant plusieurs affaires suivies par l'USS ; cf. communiqué du 31 mars 2004, <<http://www.wbf.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de &msg-id=9329>> (consulté le 1<sup>er</sup> août 2013).

<sup>428</sup> Sur ce, le Conseil fédéral a fourni un rapport complémentaire qui établit que le droit suisse existant offre une protection suffisante aux travailleuses et travailleurs et qu'il réalise un équilibre entre la coercition et la flexibilité ; cf. communiqué de presse du 16 juin 2006,

l'USS a réactivé son recours devant le Comité de l'activité syndicale de l'OIT en date du 19 septembre 2012.<sup>429</sup> Dans ce contexte, il convient de mentionner l'extrême véhémence de la controverse soulevée actuellement au sein de l'OIT entre les représentants des salariés et ceux du patronat, sur la question de savoir si la Convention n° 87 comprend également le droit de grève.<sup>430</sup>

## 2. Options possibles

[271] Afin de combler les déficits ci-dessus mentionnés, diverses options se présentent pour la Suisse, tant au niveau législatif que judiciaire. Tout d'abord, certaines des recommandations que nous avons évoquées correspondent déjà à celles que la Commission fédérale contre le Racisme a publiées en 2010, ainsi qu'à des études de l'OIT.<sup>431</sup> D'autres recommandations ont également été formulées dans les rapports critiques additionnels de diverses ONG. Enfin, en février 2012, l'OCDE a publié une étude qui énumère une série d'autres recommandations, dont certaines sont concrètement adressées à la Suisse<sup>432</sup>. Nous nous pencherons ici sur celles qui concernent particulièrement l'un de nos deux domaines clés, la promotion de l'intégration ou les discriminations.

### 2.1. Options possibles pour soutenir globalement l'intégration

[272] En général, les mesures recommandées par l'OCDE vont dans le même sens que les efforts engagés par la Suisse dans le cadre du plan d'intégration qu'elle a présenté en novembre 2011<sup>433</sup>.

[273] En même temps, l'OCDE ne manque pas de signaler elle-même, à plusieurs reprises, le fort potentiel d'amélioration qui demeure pour la Suisse. On peut dégager ici quatre domaines d'action : renforcer le cadre législatif, promouvoir une intégration plus rapide des migrants humanitaires, optimiser l'exploitation des capitaux humains que représentent les migrants, et renforcer les efforts au profit de l'intégration accélérée des enfants issus de l'immigration.<sup>434</sup>

---

<<http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=5664>> (consulté le 3 juin 2013).

<sup>429</sup> Le rapport sur les résultats de la procédure de consultation a été rendu en octobre 2012 vor (<[http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1933/Ergebnisbericht\\_Sanktionen-bei-missbraeuchlicher-oder-ungerechtfertigter-Kuendigung\\_de.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1933/Ergebnisbericht_Sanktionen-bei-missbraeuchlicher-oder-ungerechtfertigter-Kuendigung_de.pdf)> ; consulté le 3 juin 2013). Le Conseil fédéral a ensuite chargé le DFJP de formuler un message sur la modification partielle du CO. Il tranchera ultérieurement sur la nécessité éventuelle de réformer globalement la protection contre les congés, sur la base d'une étude concernant les fondements de la protection contre le licenciement pour les représentants de salariés ; cf. communiqué du 21 novembre 2012, <[http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref\\_2012-11-21.html](http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2012/ref_2012-11-21.html)> (consulté le 3 août 2013). Au moment où nous écrivons ces lignes, le Conseil fédéral n'a pas encore donné sa réponse après la remise en jeu du recours par l'USS en septembre 2012.

<sup>430</sup> BIT, Rapport de la commission de l'application des normes sur l'application des conventions et recommandations, ILC.102/III(1A), Genève 2013, insbes. art. 102 ss.

<sup>431</sup> OIT, Labour Migration 2003 ; OIT/IOM/UNHCDH, Discussion Paper 2001.

<sup>432</sup> OCDE, Working Paper 2012.

<sup>433</sup> Ibid., p. 69 ss.

<sup>434</sup> Ibid., p. 69 ss.

[274] Cette étude de l'OCDE se focalise majoritairement sur l'intensification de la coopération entre la Coopération et les cantons. Il convient en effet de reconnaître la nécessité d'un travail dans ce domaine, ainsi que le bien-fondé de quelques autres recommandations – telles qu'une homologation facilitée des diplômes étrangers ou la promotion des compétences linguistiques. D'autres recommandations, certes dignes d'être examinées, devraient par contre poser des défis plus importants au niveau politique (ainsi p. ex. l'ouverture facilitée à la nationalité suisse ou une subvention salariale à durée déterminée pour les migrants) et ne semblent pas réalisables sans obstacles.

[275] Le plan d'intégration élaboré par la Suisse, que nous avons déjà mentionné, reprend des aspects essentiels de ces recommandations.

## 2.2. Options possibles pour résorber les discriminations

[276] Afin de garantir globalement qu'elle respecte l'interdiction de discrimination posée par le droit international public, la Suisse devrait réexaminer les réserves qu'elle émet concernant l'art. 26 Pacte ONU II ainsi que l'art. 2, al. 1 let. a CERD prüfen – d'autant plus qu'elle y a été engagée à plusieurs reprises par le CDH des Nations Unies.<sup>435</sup> Si elle retirait sa réserve sur le premier de ces deux textes, elle réaliserait un substantiel progrès, puisque le principe global de non-discrimination serait directement applicable. En outre, il serait souhaitable que la Suisse envisage de ratifier le 12<sup>ème</sup> protocole additionnel de la CEDH – qu'elle n'a encore ni signé, ni ratifié, contrairement à la grande majorité des pays européens.

[277] Egalement, afin de permettre aux victimes d'accéder à une procédure de médiation internationale qui a fait ses preuves, la Suisse pourrait examiner l'éventualité de ratifier le 1<sup>er</sup> protocole additionnel au Pacte ONU II (à l'image de nombreux autres pays européens) ; ceci ouvrirait l'accès du CDH aux victimes de discriminations.

[278] A la surprise quasi-générale, le Conseil fédéral recommande l'adoption du postulat Naef, qui doit le charger de dresser un rapport sur le droit à la non-discrimination en Suisse.<sup>436</sup> Jusqu'à présent, le Conseil fédéral avait argumenté contre cette nécessité, avançant que les dispositions du droit suisse protégeaient suffisamment les individus contre la discrimination, et en particulier qu'il ne voyait pas la nécessité d'adopter une loi générale sur l'égalité des chances.<sup>437</sup> Il est vrai qu'au lieu d'une loi interdisant globalement les discriminations, on pourrait envisager d'améliorer les garanties existant déjà au moyen des interventions législatives ponctuelles, ce qui éviterait d'avoir à établir une hiérarchie entre les critères sensibles de discrimination, chose qui n'est pas toujours facile. Le Conseil fédéral postule ici qu'il convient de s'orienter sur la LEg, car les instruments qu'elle offre pour lutter contre la discrimination des femmes sur le marché du travail ont en effet été appliqués et mené à des effets réels : services de médiation à accès rapide, procédures à moindre fardeau de preuve, droit de recours juridique des organisations et associations.

<sup>435</sup> Cf. CDH, Observations finales Suisse 1996, §§ 11, 21 ; plus récemment : CDH, Observations finales Suisse 2009, § 4.

<sup>436</sup> Conseil national, Postulat 12.3543 (Naef), Réponse du Conseil fédéral du 5 septembre 2012.

<sup>437</sup> Ainsi p. ex. dans une réponse détaillée à une interpellation concernant la discrimination raciste dans le monde du travail ; cf. Conseil national, Interpellation 03.3372 (Bühlmann) ; Conseil fédéral, réponse à l'interpellation 03.3372 (2003).

[279] Le Conseil fédéral souhaite ratifier la CDPH,<sup>438</sup> qui interdit de discriminer les personnes avec un handicap dans toutes les situations de la vie, c'est-à-dire également sur leur lieu de travail, et qui leur garantit les droits de l'homme civils, politiques, économiques, sociaux et culturels. L'art. 27 de la CDPH décrit en quoi consiste le droit au travail pour les personnes handicapées et fixe les mesures qui semblent convenir à sa mise en œuvre. Dans le droit suisse, les exigences et obligations découlant de la Convention sont partiellement reprises au niveau constitutionnel, à l'art. 8, al. 2 et 4 Cst. ; puis au niveau fédéral dans une série de lois applicables à la vie professionnelle, t.q. la loi sur l'égalité pour les handicapés,<sup>439</sup> la loi sur l'assurance-invalidité,<sup>440</sup> la loi sur l'assurance-chômage,<sup>441</sup> la loi sur le Travail<sup>442</sup> et même dans la partie du CO qui régit les contrats de travail.<sup>443</sup> Le Conseil national a approuvé la Convention en tant que première chambre en juin 2013.<sup>444</sup>

[280] Il est vrai que pour certains types de discriminations, les personnes employées avec un handicap sont déjà protégées par le droit existant. Mais les dispositions existantes ne sont pas aussi détaillées que l'art. 27 CDPH.<sup>445</sup> Notons particulièrement que les dispositions du CO qui règlementent les contrats de travail ne garantissent pas systématiquement la non-discrimination pour handicap à l'embauche, c'est-à-dire au moment de l'accès au marché du travail. Pourtant, le Conseil fédéral est d'avis que la règlementation actuelle offre des garanties suffisantes contre la discrimination.<sup>446</sup>

[281] Le Conseil fédéral a ratifié la convention n° 122 de l'OIT sur la politique de l'emploi le 11 février 2013.<sup>447</sup> Ce texte soutient la création de conditions cadres adaptées à la mise en place de certaines politiques économiques et sociales visant le plein emploi productif et la liberté de choix professionnel. Par „liberté de choix professionnel“, on entend qu'une politique de l'emploi répondant aux critères de la convention doit s'attacher à éviter toute forme de discrimination sur le lieu de travail.<sup>448</sup> Pour le Conseil fédéral, en ratifiant cette convention, la Suisse ne s'engage dans aucune nouvelle obligation, mais en revanche elle exprime formellement et fermement sa volonté de résorber les discriminations, même par le biais de mesures visant directement ou indirectement la mise en place de politiques de l'emploi.

[282] Par ailleurs, en plus de ces mesures normatives, la Suisse pourrait également mettre sur pied un organisme national de garantie des droits de l'homme. Disposant d'un mandat assez vaste et indépendant des institutions gouvernementales, cet organisme conseillerait les entreprises, acteurs cruciaux sur le marché du travail, dans leurs activités en lien avec la

---

<sup>438</sup> Message CDPH 2012, FF 2013 66.

<sup>439</sup> LF sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (RS 151.3).

<sup>440</sup> LF sur l'assurance-invalidité (RS 831.20).

<sup>441</sup> Loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (RS 837).

<sup>442</sup> Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (RS 822.11).

<sup>443</sup> Le droit des contrats de travail ne prévoit pas de garanties explicites contre les discriminations pour handicap, mais le droit du travail oblige impérativement les employeurs à protéger la personnalité de leurs employées (art. 328 al. 1 CO).

<sup>444</sup> Décision du Conseil national du 21 juin 2013.

<sup>445</sup> L'art. 27 al. 1 let. a de la CDPH stipule qu'il faut « interdire la discrimination fondée sur le handicap dans tout ce qui a trait à l'emploi sous toutes ses formes, notamment les conditions de recrutement, *d'embauche* et d'emploi. »

<sup>446</sup> Conseil fédéral, Message CDPH 2012, p. 708.

<sup>447</sup> Ratification qui avait été approuvée par le Parlement le 28 septembre 2012.

<sup>448</sup> Conseil fédéral, Message OIT Convention n° 122 (2012), p. 4225.

question des droits de l'homme.<sup>449</sup> Enfin, la Confédération pourrait apporter son soutien à des projets comme *smart selection* et contribuer à les mettre sur pied à plus grande échelle.

#### IV. COHÉRENCE DES RECOMMANDATIONS INTERNATIONALES

[283] Nous avons déjà évoqué que même avant le dernier examen universel, les deux recommandations adressées à la Suisse en matière de marché du travail ne se distinguaient pas fortement l'une de l'autre, sauf une légère différence en ce qui concerne les groupes visés : alors que la recommandation du CDESCR vise « les groupes particulièrement vulnérables », à savoir principalement les migrants, les femmes et les jeunes d'origine étrangère, celle du CDH concerne explicitement et surtout les femmes appartenant à des minorités. Il n'y a cependant pas lieu de voir un problème dans ces différences.

[284] Ce qu'il convient éventuellement de noter, c'est que les deux formules ne se restreignent pas – du moins implicitement – à un groupe précis, car dans les deux cas, le mot „particulièrement“ laisse a contrario entendre que le groupe mentionné n'est pas le seul visé ; notons également que dans le premier texte, les groupes « particulièrement vulnérables » ne sont pas précisés plus avant dans le texte.

[285] Sachant que les recommandations parfois plus spécifiques formulées dans le cadre du second examen peuvent concerner le même type de problèmes, on peut en général parler de cohérence entre les textes.<sup>450</sup>

#### V. BILAN ET PERSPECTIVES

[286] Comme l'a remarqué la présidente de la CFR en 2012, la Suisse a doublement intérêt à lutter contre le racisme sur le lieu de travail : d'un côté, elle y est moralement obligée, et de l'autre, elle économiquement intérêt à ne pas discriminer des personnes qui contribuent à la prospérité du pays.<sup>451</sup> Nous ajouterons à cela, pour préciser et approfondir, que l'intérêt est triple, car il n'est pas seulement d'ordre moral mais également – comme nous l'avons démontré dans ce chapitre – d'ordre juridique.

[287] Nous avons démontré que la Suisse prend de multiples mesures pour éviter les discriminations dans la sphère économique. Récemment surtout, divers efforts ont été développés pour faire entrer dans la législation certains aspects recommandés par les organes des Nations unies. A l'heure actuelle, divers projets de loi sont en cours d'examen ou viennent d'être adoptés ; reste à voir sous quelle forme ces nouvelles réglementations vont finalement trouver leur place dans l'ordre juridique suisse.

[288] Pour conclure, nous n'occulterons le fait pas que malgré ces efforts, il serait possible de mieux réaliser l'objectif final (mise en place d'une garantie globale contre la discrimination dans le domaine économique) en comblant les lacunes qui demeurent à l'échelon international. Il semble donc adéquat d'anticiper également les évolutions futures et d'apporter une

<sup>449</sup> Cf. sur ce point AG ONU, Principes de Paris 1993.

<sup>450</sup> Cf. sur ce point ci-dessus § [249] ss.

<sup>451</sup> MARTINE BRUNSCHWIG GRAF, Rassismusbekämpfung am Arbeitsplatz : im Interesse aller, in : Tangram n° 29 de la CDH de juin 2012, p. 6.

contribution proactive à ce qui va logiquement découler, dans les années à venir, des principes directeurs adoptés par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Car si nombre de ces nouveaux instruments ne sont pas contraignants par nature, et si pour le moment ils ne concernent souvent que certains secteurs précis, il ne fait aucun doute dès maintenant qu'ils ont mis en train une double et inexorable mutation : d'une part, ils confirment les obligations de protéger incombant depuis longtemps aux États, et d'autre part, ils redéfinissent le rôle d'employeur des sociétés privées en leur assignant de nouvelles missions.

## BIBLIOGRAPHIE

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse* du 18 avril 1999, Zurich et al. 2003.
- BIAGGINI GIOVANNI, *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar*, Zürich 2007.
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (éd.), *Staatsrecht*, Zurich et al. 2011.
- BERNSTORFF JOACHEN VON, *Die völkerrechtliche Verantwortung für menschenrechtswidriges Handeln transnationaler Unternehmen – Unternehmensbezogene menschenrechtliche Schutzpflichten in der völkerrechtlichen Spruchpraxis*, INEF Forschungsreihe Menschenrechte, Unternehmensverantwortung und Nachhaltige Entwicklung, mai 2010.
- BESSON SAMANTHA, *The Extraterritoriality of the European Convention on Droits de l'homme : Why Droits de l'homme Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, *Leiden Journal of International Law* 25/2012, p. 857-884.
- CAPLAZI ALEXANDRA/NAGUIB TAREK, *Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit*, dans : *Jusletter* du 7 février 2005.
- DOMEJ TANJA, *Einheitlicher kollektiver Rechtsschutz in Europa?*, in : *ZZP* 2012, Band 125 Heft 4, S. 421-458.
- EGGER THERES/BAUER TOBIAS/KÜNZI KILIAN, *Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt*, Berne 2003.
- FORSTER MATTHIAS, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB*, Th. Doc., Saint-Gall 2006.
- FORSTMOSER PETER, *Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?* dans : *Cavallo Angela et al. (éd.), Liber Amicorum für Andreas Donatsch*, Bâle et al. 2012, p. 703-724.
- HEINE GÜNTER, *Organisationsverschulden aus strafrechtlicher Sicht : Zum Spannungsfeld von zivilrechtlicher Haftung, strafrechtlicher Geschäftsherrenhaftung und der Strafbarkeit von Unternehmen*, dans : *Niggli Marcel Alexander/Amstutz Marc (éd.), Verantwortlichkeit im Unternehmen, Zivil- und strafrechtliche Perspektiven*, Bâle 2007, p. 93-124.
- HEINIGER MATTHIAS, *Der Konzern im Unternehmensstrafrecht gemäss Art. 102 StGB*, Th. Doc., Berne 2011.
- IMHOF MARTIN CHRISTOPHER, *Die Verantwortlichkeit der Konzernobergesellschaft als Ausfluss faktischer Organschaft? Eine Untersuchung zum Vergleich zwischen schweizerischem und deutschem Konzernhaftungsrecht*, *Berichte aus der Rechtswissenschaft*, Aachen 2002.
- JUNG PETER, *Art. 2*, dans : *Jung Peter/Spitz Philippe (éd.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, Berne 2010, p. 161-225 (Art. 2 UWG).

- JUNG PETER, Art. 7, dans : Jung Peter/Spitz Philippe (éd.), Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Berne 2010, p. 628-633 (Art. 7 UWG).
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2008.
- KAUFMANN CHRISTINE, Wirtschaft und Menschenrechte – Anatomie einer Beziehung, in Aktuelle Juristische Praxis, Sonderheft in Erinnerung an Prof. Yvo Hangartner, AJP/PJA 5/2012, p. 744-753
- KAUFMANN CHRISTINE/COHEN DAVID/TAN KEVIN/LIM DELPHIA (Hrsg.), Business and Droits de l'homme in ASEAN, A Baseline Study, Jakarta 2013, consultable sous: [http://www.menschenrechte.uzh.ch/publikationen/Business\\_and\\_Human\\_Rights\\_in\\_ASEAN\\_Baseline\\_Study\\_ebook.pdf](http://www.menschenrechte.uzh.ch/publikationen/Business_and_Human_Rights_in_ASEAN_Baseline_Study_ebook.pdf) (consulté le 27 mai 2013).
- MERTEN DETLEF/PAPIER HANS-JÜRGEN (éd.), sous la dir. de MÜLLER JÖRG PAUL/THÜRER DANIEL, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2 : Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Zurich et al. 2007
- MÜLLER GEORG, Schutzwirkung der Grundrechte, dans : Merten Detlef/Papier Hans-Jürgen (éd.), sous la dir. de Jörg Paul Müller/Daniel Thürer, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/2 : Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Zurich et al. 2007, S. 59 ss.
- NAGUIB TAREK, Recht gegen rassistische Diskriminierung, Analyse und Empfehlungen, Stellungnahme der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Berne 2010.
- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich et al. 2013.
- REINERT PETER, Art. 5, dans : Baker & McKenzie (éd.), Kartellgesetz (KG), Berne 2007, p. 59-72 (Art. 5 KG).
- REINERT PETER, Art. 8, dans : Baker & McKenzie (éd.), Kartellgesetz (KG), Berne 2007, p. 101-107 (Art. 8 KG).
- SCHNEIDER JOHANNES/SIEGENTHALER LUKAS, Die OCDE-Leitsätze für multinationale Unternehmen : Ein Instrument zur verantwortungsvollen Unternehmensführung, dans : Die Volkswirtschaft 9/2011, p. 63-66.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 35, dans : Ehrenzeller Bernhard et al. (éd.), Die schweizerische Bundesverfassung : Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich et al. 2008, p. 703 ss.
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Arbeitsvertrag - Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6<sup>ème</sup> éd., Zurich 2005.
- TRECHSEL STEFAN, Schweizerisches Strafbuch, Praxiskommentar, Zurich 2008.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3<sup>ème</sup> éd., Berne 2011.
- ROBERTO VITO/RICKENBACH JENNIFER, Was ist eine Schutznorm?, dans : ZRS 2012 I, p. 185-200.
- WATTER ROLF/SPILLMANN TILL, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, dans : GesKR 2-3/2006, Zurich 2006, p. 94-116.

## **ANNEXE I : LISTE DES TEXTES ET DOCUMENTATIONS UTILISÉS**

### **Assemblée générale de l'ONU**

Principes concernant le statut et le fonctionnement des Institutions nationales pour la protection et la promotion des droits de l'homme (Principes de Paris), Résolution der Assemblée générale de l'ONU du 20 décembre 1993, A/RES/48/134, cit. : **AG ONU, Principes de Paris 1993.**

Assemblée générale / Conseil de Sécurité ONU, Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les États en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés, UN/A/63/467-S/2008/636, 6 octobre 2008, cit. : **AG ONU, Document de Montreux 2008.**

### **Commission des droits de l'homme, CDH**

Droits économiques, sociaux et culturels : Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003, cit. : **CDH, Normes sur la responsabilité 2003.**

Rapport sur la soixantième session (15 mars -23 avril 2004), E/2004/23(l<sup>ère</sup> partie), cit : **CDH, rapport 2004.**

Droits de l'homme et sociétés transnationales et autres entreprises, mandat E/CN.4/RES/2005/69, 20 avril 2005, cit. : **CDH, mandat RSSG 2005.**

Promotion et protection des droits de l'homme : rapport intérimaire du Représentant spécial du Secrétaire générale chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, E/CN.4/2006/97, 22 février 2006, cit. : **CDH, rapport intérimaire RSSG 2006.**

### **Conseil des droits de l'homme, CDH**

Protéger, respecter, réparer : un cadre pour les entreprises et les droits de l'homme, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, A/HRC/8/5, 7 avril 2008, cit. : **CDH, Cadre Ruggie 2008.**

Mandat du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/ES/8/7, 18 juin 2008, cit. : **CDH, Ruggie Mandate 2008.**

Examen périodique universel, Rapport du groupe de travail sur l'examen périodique universel, Suisse, A/HRC/8/41, 28 mai 2008, cit. : **CDH, EPU Suisse 2008.**

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, Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, A/HRC/17/31, 21 mars 2011, cit. : **CDH, Principes directeurs ONU 2011.**

Droits de l'homme et droits des sociétés : tendances et observations tirées d'une étude transculturelle menée par le Représentant spécial du Secrétaire général sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, Additif, A/HRC/17/31/Add.2, 23 mai 2011, cit. : **CDH, Additif Ruggie 2011**.

Résolution adoptée par le Conseil des droits de l'homme sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, A/HRC/RES/17/4, 6 juillet 2011, cit. : **CDH, Résolution A/CDH/RES/17/4 (2011)**.

Examen périodique universel, Rapport provisoire du groupe de travail sur l'examen périodique universel, Suisse, A/HRC/WG.6/14/L.9, 31 octobre 2012, cit. : **CDH, EPU Suisse 2012**.

## **Comité des droits de l'homme, CDH**

Examen des rapports soumis par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, CCPR/C/79/Add.70, 8 novembre 1996, cit. : **CDH, Observations finales Suisse 1996**.

Commentaire général n°31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 13, 26 mai 2004, cit. : **CDH, Commentaire général n° 31 (2004)**.

Examen des rapports soumis par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Suisse, CCPR/C/CHE/CO/3, 29 octobre 2009, cit. : **CDH, Observations finales Suisse 2009**.

Examen des rapports soumis par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme, Allemagne, CCPR/C/DEU/CO/6, 12. Nov. 2012, cit. : **CDH, Observations finales Allemagne 2012**.

## **Comité contre la discrimination de la femme, CEDEF**

Compte rendu analytique de la 894<sup>e</sup> séance (Chambre B) du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDEF/C/SR.894, 19 août 2009, cit. : **CEDEF, Compte rendu analytique 894<sup>e</sup> séance 2009**.

## **Comité des droits de l'enfant, CDE**

Examen des rapports soumis par les États parties en vertu de l'article 44 de la Convention, Observations finales : Australie, CRC/C/AUS/CO/4, 28. Aug. 2012, cit. : **CDE, Observations finales Australie 2012**.

## **Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, CERD**

Recommandation générale n° 17 concernant la création d'organismes nationaux pour faciliter l'application de la Convention, 25 mars 1993, cit. : **CERD, Recommandation générale 1993**.

Rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Quatrième, Cinquième et Sixième rapports périodiques de la Suisse, CERD/C/CHE/6, 16 avril 2007, cit. : **CERD, Rapports périodiques Suisse 2005**.

Examen des Rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Canada, CERD/C/CAN/CO/18, 25 mai 2007, cit. : **CERD, Observations finales Canada 2007.**

Examen des Rapports présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention, Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Canada, CERD/ C/CAN/CO/19-20, cit. : **CERD, Observations finales Canada 2012.**

## **Comité des droits ESC, CESCR**

Commentaire général n° 14, Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint, E/C.12/2000/4, 11 août 2000, cit. : **CESCR, Commentaire général n° 14 (2000).**

Commentaire général n° 15, Le droit à l'eau, E/C.12/2002/11, 20 janvier 2003, cit. : **CESCR, Commentaire général n° 15 (2002).**

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Israël, E/C.12/1/Add.90, 23 mai 2003, cit. : **CESCR, Observations finales Israël 2003.**

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Canada, CERD/C/CAN/CO/18, 25 mai 2007, cit. : **CESCR, Observations finales Canada 2007.**

Application du Pacte international relative aux droits économiques, sociaux et culturels, deuxième et troisième rapport périodique en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, Suisse, E/C.12/CHE/2-3, 14 mai 2008, cit. : **CESCR, Rapport Suisse 2008.**

Liste des points à traiter en rapport avec l'examen des deuxième et troisième rapports périodiques de la Suisse concernant les droits visés par les articles 1 à 15 du Pacte international sur les droits ESC, E/C.12/CHE/2-3, 4 décembre 2009, zit : **CESCR, List de points à traiter 2009.**

Compte rendu analytique de la 38<sup>e</sup> séance du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, E/C.12/2010/SR.38, 5 novembre 2010, cit. : **CESCR, Compte rendu analytique 38<sup>e</sup> séance 2010.**

Compte rendu analytique de la 39<sup>e</sup> séance du Comité des droits économiques, sociaux et culturels,, E/C.12/2010/SR.39, 8 novembre 2010, cit. : **CESCR, Compte rendu analytique 39<sup>e</sup> séance 2010.**

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : Suisse, E/C.12/CHE/CO/2-3, 26 novembre 2010, cit. : **CESCR, Observations finales Suisse 2010.**

## **Conseil de l'Europe**

Assemblée parlementaire, Résolution 1757 (2010) «Droits de l'homme et entreprises », <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/FRES1757.htm>> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **Conseil de l'Europe, Résolution 1757 (2010).**

Assemblée parlementaire, Recommandation 1936 (2010) « Droits de l'homme et entreprises », <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/FREC1936.htm>> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **Conseil de l'Europe, Recommandation 1936 (2010).**

Assemblée parlementaire (Commission des questions juridiques et des droits de l'homme), Rapport Doc. 12361 (2010) « Droits de l'homme et entreprises »,

<<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12594&Language=FR>> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **Conseil de l'Europe, Rapport Doc. 12361 (2010)**.

Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement, 2<sup>e</sup> éd. 2012, <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/Manual\\_Env\\_2012\\_nocover\\_Fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Publications/Manual_Env_2012_nocover_Fr.pdf)> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **Conseil de l'Europe, Manuel 2012**.

Fiche thématique : Sociétés – victimes ou coupables, Strasbourg 2013, <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Companies\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Companies_FRA.pdf)> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **CEDH, Fiche thématique Sociétés 2013**.

Fiche thématique : Jurisdiction extraterritoriale des États parties à la CEDH, Strasbourg 2013, <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Extra-territorial\\_jurisdiction\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_FRA.pdf)> cit. : **CEDH, Factsheet Extra-territorial Jurisdiction 2013**.

Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), Etude de faisabilité sur la responsabilité sociale des entreprises dans le domaine des droits de l'homme, 30 novembre 2012 [CDDH (2012), <R76\_Additif VII> ; [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/othercommittees/hr\\_and\\_business/Documents/CDDH%282012%29R76\\_Addendum\\_VII\\_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/othercommittees/hr_and_business/Documents/CDDH%282012%29R76_Addendum_VII_FR.pdf)> (consulté le 27 juillet 2013), cit **Conseil de l'Europe, Etude de faisabilité 2012**.

## **Organisation pour la coopération et le développement économiques, OCDE**

Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions de l'OCDE, <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/48004355.pdf>> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **OCDE, Principes directeurs 2011**.

Recommandation du Conseil relative au Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, C/MIN(2011)12/FINAL, 31 mai 2011, <<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=268&InstrumentPID=302&Lang=fr&Book=False>> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **OCDE, Recommandation du Conseil 2011**.

Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, Éditions de l'OCDE. <[http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/guide-ocde-sur-le-devoir-de-diligence-pour-des-chaines-d-approvisionnement-responsables-en-minerais-provenant-de-zones-de-conflit-ou-a-hautrisque\\_9789264111158-fr](http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/guide-ocde-sur-le-devoir-de-diligence-pour-des-chaines-d-approvisionnement-responsables-en-minerais-provenant-de-zones-de-conflit-ou-a-hautrisque_9789264111158-fr)> (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **OCDE, Guide devoir diligence 2011**.

Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, Supplément sur l'or, Éditions de l'OCDE <<http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/Supplémentsurl'Or.pdf>> (consulté le 30. Nov. 2012), cit. : **OCDE, Supplément sur l'or 2012**.

Liebig, T. et al. (2012), „L'intégration des immigrés et de leurs enfants sur le marché du travail en Suisse“, Documents de travail de l'OCDE sur les affaires sociales, l'emploi et les migrations, No.128, Éditions de l'OCDE, cit. : **OCDE, Document de travail 2012**.

## **Organisation internationale du travail, OIT**

OIT, Discrimination of Migrant Workers in Western Europe, Working Paper, Roger Zegers de Beijl, 1991, cit. : **OIT, Working Paper 1991**.

OIT/IOM/UNHCDH, International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia, Discussion Paper, 2001, cit. : **OIT/IOM/UNHCDH, Discussion Paper 2001.**

OIT, Perspectives on Labour Migration. Temporary Foreign Worker Programmes : Policies, Adverse Consequences, and the need to make them work, Martin Ruhs, Social Protection Sector, International Migration Programme, Genève 2003 ; cit. : **OIT, Labour Migration 2003.**

OIT, Projet de résolution concernant la cohérence du système multilatéral, No.2, 100<sup>e</sup> session de la CIT, Genève, juin 2011, <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_156145.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_156145.pdf)> (consulté le 27 juillet 2013), **OIT, Projet de résolution 2011.**

## **Commission de l'Union européenne**

Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-14, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, COM(2011) 681, Bruxelles 2011, cit. : **Commission européenne, Communication 2011.**

Acheter social : un guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale, Luxembourg 2011, cit. : **Commission européenne, Acheter social 201.**

L'UE et les États-Unis adoptent un programme pour un climat d'investissement ouvert et stable, Communiqué de presse du 10 avril 2012 (IP/12/356), cit : **Commission européenne, Communiqué 2012.**

## **Conseil fédéral et administration fédérale**

Message du 2 mars 1992 concernant l'adhésion de la Suisse à la Convention internationale de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la révision y relative du droit pénal, cit. : **Conseil fédéral, Message Adhésion CERD 1992.**

Réponse du Conseil fédéral du 19 juin 2003 à l'interpellation 03.3372 (Bühlmann) Discrimination raciale dans le monde du travail, cit. : **Conseil fédéral, Réponse à l'interpellation 03.3372 (2003).**

Commission fédérale des étrangers (CFE), Intégration et travail. Champs d'activité, acteurs et domaines à développer dans l'optique de l'amélioration du statut des étrangers dans le marché suisse du travail, Bern 2003, cit. : **CFE, Intégration et travail 2003.**

Message du 28 juin 2006 relatif au Code de procédure civile suisse, FF 2006 7221, cit. : **Conseil fédéral, Message CFC 2006.**

Réponse du Conseil fédéral du 20 mai 2009 à la motion 09.3279 (Allemann) « Ratification du protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits ESC de l'ONU », cit. : **Conseil fédéral, Réponse à la motion 09.3279 (2009).**

Secrétariat d'État à l'économie SECO, Concept RSE du SECO, 16 décembre 2009, <<http://www.seco.admin.ch/themen/00645/04008/index.html?lang=fr>> (consulté le 27 juillet 2013, pas de version française du PDF cliquable), cit. : **SECO, Concept RSE 2009.**

Rapport du Conseil fédéral du 5 mars 2010 sur l'avenir de la politique suisse d'intégration des étrangers, cit. : **Conseil fédéral, Rapport politique d'intégration 2010.**

Rapport explicatif (Projet) du Conseil fédéral du 22 décembre 2010 sur la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, cit. : **Conseil fédéral, Projet rapport explicatif 2010.**

Service de lutte contre le racisme (SLR) / Bureau fédéral de l'égalité pour les personnes handicapées (BFEH), Lutte contre les discriminations à l'embauche. Les mesures volontaires mises en œuvre par les employeurs en Suisse. Silvia Schönenberger/Rosita Fibbi, Berne, 2011, cit. : **SLR, Etude Discriminations 2011.**

Message du 6 juin 2011 relatif à l'approbation de la convention sur les armes à sous-munitions ainsi qu'à la modification de la loi sur le matériel de guerre, FF 2011 54955, cit. : **Conseil fédéral, Message sous-munitions 2011.**

Secrétariat d'État à l'économie SECO, Principes OCDE à l'intention des entreprises multinationales : PCN Suisse, « procédure de circonstances spécifiques », Berne, 1<sup>er</sup> décembre 2011, <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00527/02584/index.html?lang=fr>> (PDF en anglais, consulté le 27 juillet 2013) cit. : **SECO, Procédure PCN 2011.**

Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Direction politique, Fact sheet International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICoC), novembre 2011, <[http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla.Par.0002.File.tmp/Fact%20Sheet%20ICoC\\_November\\_2011.pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla.Par.0002.File.tmp/Fact%20Sheet%20ICoC_November_2011.pdf)>, (consulté le 27 juillet 2013), cit. : **DFAE, fact sheet ICoC 2011.**

Réponse du Conseil fédéral du 9 décembre 2011 au postulat 11.3803 (Fässler) «Rôle de la Suisse en tant que siège de sociétés de matières premières », cit. : **Conseil fédéral, Réponse au postulat 11.3803 (2011).**

Message concernant la loi fédérale portant modification des mesures d'accompagnement à la libre circulation des personnes, FF 2012 3161, cit. : **Conseil fédéral, Message mesures d'accompagnement et libre circulation 2012.**

Message du 22 février 2012 à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence, FF 2012 3631 ss, cit. : **Conseil fédéral, Message loi sur les cartels 2012.**

Message du 21 mars 2012 relatif à la Convention (n° 122) de l'Organisation internationale du travail sur la politique du travail, 1964, , FF 2012 3921, cit. : **Conseil fédéral, Message OIT Convention n° 122 (2012).**

Département fédéral des finances DFF, Office fédéral des constructions et de la logistique OFCL, Recommandations aux services d'achat de la Confédération de juin 2012, cit. : **DFF, Recommandations 2012.**

Commission des achats de la Confédération, Guide « Achats durables – Recommandations aux services d'achat de la Confédération », Berne 2012, <[http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02632/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,Inp6IONTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDfH99fWym162epYbg2c\\_JjKbNoKSn6A-->](http://www.bbl.admin.ch/bkb/02617/02632/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,Inp6IONTU042I2Z6In1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDfH99fWym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A-->)> (consulté le 7 décembre 2012), cit. ; **Commission des achats, Guide 2012.**

Réponse du Conseil fédéral du 2 mars 2012 au Postulat 12.3503 (Graffenried) « Une stratégie Ruggie pour la Suisse », cit. : **Conseil fédéral, Réponse au postulat 12.3503 (2012).**

Proposition du Conseil fédéral du 14 novembre 2012 à la motion 12.3928 (Rytz) Ratification de la Convention de l'OIT sur les travailleuses et travailleurs domestiques, cit. : **Conseil fédéral, Proposition à la motion 12.3928 (2012).**

Message du Conseil fédéral du 19 décembre 2012 portant approbation de la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées, FF 2013 601, cit. : **Conseil fédéral, Message CDPH 2012.**

Message du Conseil fédéral du 8 mars 2013 relatif à la modification de la loi sur les étrangers (Intégration), FF 2013 2131, cit. : **Conseil fédéral, Message intégration 2013.**

Message du Conseil fédéral du 15 mai 2013 relatif à la loi fédérale sur la formation continue (FF 2013 3265, cit. : **Conseil fédéral, Message formation continue (2013).**

Rapport du Conseil fédéral, Exercice collectif des droits en Suisse – État des lieux et perspectives, 3 juillet 2013, cit. : **Conseil fédéral, Exercice collectif des droits en Suisse (2013).**

## Objets parlementaires

Interpellation 03.3372 du 19.06.2003, Discrimination raciale dans le monde du travail, déposée par Cécile Bühlmann, cit. : **Conseil national, Interpellation 03.3372 (Bühlmann).**

Interpellation 07.3265 du 23 mars 2007, Empêcher les discriminations à l'encontre de jeunes portant un patronyme étranger sur le marché de l'apprentissage et de l'emploi, déposée par Anita Fetz, cit. : **Conseil des États, Interpellation 07.3265 (Fetz).**

Motion 08.3616 du 2 octobre 2008, Accès à l'apprentissage pour les jeunes sans statut légal, déposée par Luc Barthassat, cit. : **Conseil national, Motion 08.3616 (Barthassat).**

Postulat 11.3803 du 11 septembre 2011, Rôle de la Suisse en tant que siège de sociétés de matières premières, déposé par Hildegard Fässler-Osterwalder, cit. : **Conseil national, Postulat 11.3803 (Fässler).**

Interpellation 12.3449 du 7 juin 2012, Responsabilité des sociétés multinationales ayant leur siège en Suisse, déposée par Maja Ingold, cit. : **Conseil national, Interpellation 12.3449 (Ingold).**

Interpellation 12.3456 du 11 juin 2012, Intégration des principes directeurs de John Ruggie au sein de l'administration fédérale, déposée par von Vannini Haller Ursula, cit. : **Conseil national, Interpellation 12.3456 (Haller).**

Postulat 12.3503 du 13 juin 2012, Une stratégie Ruggie pour la Suisse, déposé par Alec von Graffenried, cit. : **Conseil national, Postulat 12.3503 (Graffenried).**

Interpellation 12.3520 du 13 juin 2012, Responsabilité sociale et écologique des entreprises. Autorégulation ou règles contraignantes, déposée par Tiana Angelina Moser, cit. : **Conseil national, Interpellation 12.3520 (Moser).**

Postulat 12.3543 du 14 juin 2012, Rapport sur le droit à la protection contre la discrimination, déposé par Martin Naef, cit. : **Conseil national, Postulat 12.3543 (Naef).**

Motion 12.3928 du 28 septembre 2012, Ratification de la Convention de l'OIT sur les travailleuses et travailleurs domestiques, déposée par Regula Rytz, cit. : **Conseil national, Motion 12.3928 (Rytz).**

Postulat 12.4100 du 11. Dez. 2012, Mise en œuvre des principes directeurs de John Ruggie, déposé par Raphaël Comte, cit. : **Conseil des États, Postulat 12.4100 (Comte).**

## Varia

OCDE Watch, Modèle de PCN (MNCP), 2007 (<[http://oecdwatch.org/publications-en/Publication\\_2223/at\\_download/fullfile](http://oecdwatch.org/publications-en/Publication_2223/at_download/fullfile)> consulté le 27 juillet 2013), cit. : **OCDE Watch, Modèle PCN 2007.**

OCDE, Watch, Examen du PCN : The OCDE Guidelines for MNEs : Are they 'fit for the job'? 2009 (<[http://oecdwatch.org/publications-en/Publication\\_3201/at\\_download/fullfile](http://oecdwatch.org/publications-en/Publication_3201/at_download/fullfile)> consulté le 30 novembre 2012), cit. : **OCDE Watch, Guidelines for MNEs 2009.**

Norwegian Ministry of Foreign Affairs, Corporate social responsibility in a global society, Rapport No. 10 (2008–2009) to the Storting, 2009, cit. : **Norwegian Ministry of Foreign Affairs, CRS Rapport 2009.**

Commission internationale des juristes CIJ, Switzerland's Home State duty to protect against corporate abuse. Analysis of legislation and needed reforms in Switzerland to strengthen corporate accountability regarding droits de l'homme and environmental abuses, Bern 2010, <[www.fastenopfer.ch/csr](http://www.fastenopfer.ch/csr)> (consulté le 30 novembre 2012), cit. : **ICJ, Home State Duty 2010.**

Complaint from The Future in Our Hands (FIOH) against Intex Resources ASA and the Mindoro Nickel Project, Final Statement of the Norwegian National Contact Point to the OCDE, Novembre 2011, abrufbar unter : <[http://www.regjeringen.no/en/sub/styrer-rad-utvalg/ncp\\_norway/instan-ces.html?id=669919](http://www.regjeringen.no/en/sub/styrer-rad-utvalg/ncp_norway/instan-ces.html?id=669919)> (consulté le 30 novembre 2012), cit. : **PCN Norvège, Rapport final FIOH c. Intex 2011.**

François Membrez, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits de l'homme et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, Genève 2012 (<[http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude\\_membrez\\_def.pdf](http://www.rechtohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membrez_def.pdf)>, consulté le 28 juillet 2013), cit. : **Membrez, Etude 2012.**

Société financière internationale (IFC), Cadre de durabilité : Politique de durabilité environnementale et sociale 2012 (<[http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c240e2804a58cfbc80818f8969adcc27/SP\\_French\\_2012.pdf?MOD=AJPERES](http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/c240e2804a58cfbc80818f8969adcc27/SP_French_2012.pdf?MOD=AJPERES)>, consulté le 28 juillet 2013), cit. : **IFC, Cadre de durabilité 2012.**

Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, 2012, <[Maastricht\\_ETO\\_Principles\\_FRA\\_Booklet.pdf](#)> (consulté le 28 juillet 2012), cit. : **Principes de Maastricht 2012.**

Droits de l'enfant et principes régissant les entreprises, projet commun de l'UNICEF, du Pacte Mondial des Nations Unies et de Save the Children, 2012 : <[http://www.unglobalcompact.org/docs/issues\\_doc/human\\_rights/CRBP/Principles\\_FR.pdf](http://www.unglobalcompact.org/docs/issues_doc/human_rights/CRBP/Principles_FR.pdf)> (consulté le 28 juillet 2013), cit. : **UNICEF et al., Droits de l'enfant et principes des entreprises 2012.**

## **ANNEXE II : DÉCISIONS DE JUSTICE**

### **Cour internationale de justice, CIJ**

Cour internationale de justice (CIJ), Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), Rapports CIJ, 14, cit. : **CIJ, Nicaragua 1986**.

Cour internationale de justice (CIJ), Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis consultatif, 9 juillet 2004, cit. : **CIJ, Avis consultatif 2004**.

### **Cour européenne des droits de l'homme, CEDH**

*X. et Y. c. Pays-Bas*, 8978/80 (1985)

*Soering c. Royaume Uni*, 14038/88 (1989)

*McCann et autres c. Royaume Uni*, 18984/91 (1995)

*Loizidou c. Turquie*, 15318/89 (1996)

*Gül c. Suisse*, 23218/94 (1996)

*VgT c. Suisse*, 24699/94 (2001)

*Banković et autres c. Belgique et autres*, 52207/99 (2001)

*Paul et Audrey Edwards c. Royaume Uni*, 46477/99 (2002)

*von Hannover c. Germany*, 59320/00 (2004)

*Vo c. France*, 53924/00 (2004)

*Moldovan et autres c. Roumanie*, 41138/98 (2005)

*Medvedyev c. France*, 3394/03 (2010)

*Rantsev c. Chypre et Russie*, 25965/04 (2010)

*Al-Saadoon c. Royaume Uni*, 61498/08 (2010)

*Al-Skeini et autres c. Royaume Uni*, 55721/07 (2011)

*Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, 27765/09 (2012)

### **Tribunal fédéral suisse, TF**

ATF 4 434

ATF 81 II 223

ATF 85 IV 95

ATF 86 II 18

ATF 96 IV 155

ATF 97 IV 202

ATF 105 IV 172

ATF 114 II 345

ATF 114 V 218

ATF 117 II 570

ATF 120 II 331

ATF 121 III 60

ATF 121 V 229

ATF 122 IV 103

ATF 123 II 402

ATF 125 IV 161

ATF 128 III 346

ATF 129 III 35

ATF 130 II 217

ATF 131 I 105

ATF 131 II 228

ATF 132 III 257

ATF 133 III 221

ATF 135 III 185

ATF 136 IV 97

Arrêt du Tribunal fédéral 2A.91/2005 du 9 février 2006

Arrêt du Tribunal fédéral 2C\_415/2011 du 3 juillet 2012

Arrêt du Tribunal fédéral 2C 354/2011 du 13 juillet 2012

### **Tribunal pénal fédéral**

Arrêt du Tribunal pénal fédéral du 14 novembre 2012.

### **Tribunal administratif fédéral**

Arrêt du tribunal administratif fédéral du 29 mars 2011, BVGE A-7454/2009

### **Tribunaux cantonaux**

Tribunal de Prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne, Arrêt du 10 Octobre 2005 (T304.021563),

Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Arrêt du 13 janvier 2006, Geschäft Nr. AN 050401/U 1

## **Tribunaux étrangers**

Tribunal de district de La Haye (Den Haag, Pays Bas), *Milieudefensie et al. c. Shell et al.*, Arrêt du 30 janvier 2013, case number C/09/337050, docket number HA ZA 09-1580.