



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 (SCHHR)

Résumé de l'étude

L'extraterritorialité dans les rapports entre économie et droits humains

Portée extraterritoriale du droit et compétence des tribunaux suisses : le cas des violations commises par des entreprises transnationales

Christine Kaufmann, Christoph Good, Sabrina Ghelmini et Charlotte Blattner

Berne, le 15 août 2016

Mandat et objet de l'étude

Actuellement, la question de l'extraterritorialité des obligations de protection des États est au centre du débat sur les rapports entre économie et droits humains qui a lieu à l'échelle internationale. À l'occasion de la formulation du plan d'action suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les parties consultées ont demandé que ce plan et la démarche de mise en œuvre qui doit en résulter abordent la question de l'application des lois suisses aux activités des entreprises suisses à l'étranger.

Prenant acte de cette demande, la Confédération a chargé le domaine thématique Droits humains et économie du CSDH d'étudier la question de l'application extraterritoriale des lois suisses en cas de violations des droits humains commises par les entreprises suisses à l'étranger. L'étude du CSDH fait ainsi un tour d'horizon des mesures extraterritoriales adoptées en Suisse dans le domaine des droits humains et des entreprises. Elle fournit ainsi des éléments permettant de comprendre le positionnement de la Suisse en comparaison aux autres pays sur le plan du droit international et de définir les modalités possibles du futur plan d'action national visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.

Notion d'extraterritorialité

La notion d'« extraterritorialité » fait référence à la possibilité pour un État d'exercer une influence sur des sujets et des actes en dehors de ses frontières nationales. Les mesures extraterritoriales sont de nature juridique (compétence extraterritoriale) lorsqu'elles consistent en l'adoption d'actes législatifs ou en l'application d'un régime légal. La doctrine classe les mesures juridiques fondant une compétence extraterritoriale en trois grandes catégories : en premier lieu, la compétence législative (soit le droit pour un État d'adopter des actes législatifs dont la portée dépasse les frontières nationales), en deuxième lieu la compétence juridictionnelle (soit la capacité pour ses tribunaux de connaître des faits ayant leur origine à



l'étranger) et, en troisième et dernier lieu, la compétence exécutive (soit le fait pour un État de faire respecter ses lois en dehors de ses frontières).

« Extraterritorialité directe » dans le droit international classique et « extension territoriale »

En appliquant le principe de souveraineté au sens large et son corollaire, le principe de non-intervention, le droit international classique interdit par principe aux États tout exercice de leur puissance sur le territoire d'un autre État. En conséquence, le débat qui entoure l'extraterritorialité en droit international classique est fortement influencé par l'idée que les États sont, dans une large mesure, souverains et que le principe de non-intervention préserve cette souveraineté de toute ingérence étrangère. L'exercice extraterritorial des compétences étatiques est par conséquent illicite, à moins que l'État où cet exercice a lieu ne donne son consentement ou que le droit international ne le prévoie expressément. En revanche, un État peut légiférer ou appliquer sa législation (sur son territoire) à des rapports de droit ayant leur origine à l'étranger, pour autant qu'aucune norme du droit international ne s'y oppose et qu'il existe un critère de rattachement licite. Dans l'étude, ces dernières mesures ont été désignées par le terme d'« extraterritorialité directe ».

Il n'en reste pas moins que la mondialisation remet toujours plus en question le rattachement territorial de la souveraineté, et notamment pour deux raisons : en premier lieu, les États entendent de plus en plus protéger leurs intérêts aussi en dehors de leurs frontières, pour ce qui est des investissements ou dans le contexte de la migration, par exemple. En second lieu, la communauté internationale fait toujours davantage face à des problèmes qu'un État ne peut résoudre à lui seul (comme le changement climatique ou le terrorisme). Cette évolution va de pair avec un glissement de la notion de souveraineté, qui s'écarte du principe formel de non-intervention pour s'étendre aussi à des éléments matériels nécessaires à l'application transnationale d'objectifs adoptés par la communauté des nations. Cette vision complète la conception classique de l'extraterritorialité, conçue comme l'action de l'État en dehors de ses frontières, par la notion d'extension territoriale du droit national, tant en ce qui concerne sa portée que son application. S'inspirant de la notion utilisée par les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les auteurs de l'étude qualifient les mesures d'extension territoriale de « mesures internes ayant des incidences extraterritoriales ».

Ce qui distingue l'extraterritorialité directe de l'extension territoriale, c'est le rapport avec l'État intervenant : les mesures d'application extraterritoriales directes se caractérisent par l'absence de critères de rattachement avec cet État, tandis que l'extension territoriale suppose un rattachement personnel ou matériel avec ce dernier. Si cette distinction fondamentale fait pour l'essentiel l'unanimité, les avis divergent toutefois quant à la façon concrète de distinguer ces critères d'application l'un de l'autre. La controverse tourne en particulier sur l'étroitesse du rapport avec l'État pour qu'une mesure cesse de pouvoir être rangée sous le principe de territorialité et doive être considérée comme une extension territoriale.



Signalons enfin que les mesures internes ayant des incidences à l'étranger sont souvent désignées, tant dans le débat public que par certains spécialistes, du terme générique d'« extraterritoriales ».

L'extraterritorialité dans les rapports entre économie et droits humains

Les entreprises suisses peuvent être impliquées de diverses façons dans des violations des droits humains commises à l'étranger. Cette implication peut ainsi être directe, lorsqu'elle résulte de leurs activités à l'étranger (production de biens, mais aussi utilisation ou fourniture de services, recours à la main-d'œuvre locale, achat et vente de biens, acquisition d'immeubles et de droits d'exploitation de droit public ou privé et leur utilisation) ou de leurs activités en Suisse qui ont des répercussions à l'étranger (comme l'exportation de certains biens). Cette implication peut aussi être indirecte, lorsqu'elle découle de rapports avec des entreprises étrangères, qui peuvent être de nature contractuelle (relations d'affaires) ou relever du droit des sociétés (filiales ou participations minoritaires).

Il n'est donc guère étonnant que la question de l'extraterritorialité se pose toujours davantage dans les rapports entre droits humains et entreprises. C'est précisément ce clivage entre le rayonnement mondial des activités des multinationales et la portée essentiellement nationale de l'action des États qui crée un déficit de gouvernance dans le domaine de la prévention et de la poursuite des violations des droits humains. Consolider la juridiction extraterritoriale semble être une solution praticable pour combler ce déficit, de l'avis surtout des organisations de la société civile, qu'un nombre croissant d'États a toutefois rejointes sur ce point ces dernières années.

Dispositions du droit international régissant les activités des entreprises à l'étranger

Il n'existe actuellement aucune obligation dans le droit international qui fonde une compétence extraterritoriale directe. Une obligation de ce genre n'existe que lorsque le critère du contrôle effectif de personnes ou de territoires étrangers est rempli. Cette notion de contrôle effectif, qui découle de la jurisprudence de la CrEDH et de la Cour internationale de justice, figure également dans l'interprétation des conventions de l'ONU qui s'appliquent en l'espèce.

Les États ont toutefois, lorsque certaines conditions sont remplies, le droit d'adopter des mesures extraterritoriales contre des entreprises actives à l'étranger impliquées dans des violations des droits humains. Il faut pour cela, en vertu du droit international, qu'il existe un critère de rattachement juridique et que les mesures ne constituent pas une ingérence dans les affaires d'un autre État.

Dès lors, les États ont sans doute déjà actuellement la faculté d'adopter des mesures internes ayant des incidences extraterritoriales. Les dernières tendances observées au sein d'organes internationaux, comme la CrEDH ou les organes conventionnels des Nations Unies, ou encore l'OCDE et ses principes directeurs, vont toutefois encore plus loin, puisqu'elles pourraient aller dans le sens d'une obligation d'agir pour les États.



Ce sont en particulier les organes des Nations Unies qui s'attachent à mieux définir les suites à donner aux violations des droits humains commises par des entreprises transnationales, dans une démarche dont le point culminant a été l'adoption des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui ont fait de l'extraterritorialité l'un des axes essentiels permettant de combler le déficit de gouvernance. Si ces principes n'apportent certes pas de réponse à toutes les questions soulevées, ils contribuent cependant de façon déterminante à mieux délimiter le problème et à concevoir des pistes de solutions en exposant les diverses dimensions des mesures extraterritoriales et en les classant en mesures relevant de la compétence extraterritoriale directe et en mesures internes ayant des incidences extraterritoriales.

Cette tendance est encore renforcée par l'inscription de ce sujet à l'agenda des organes conventionnels des Nations Unies, le sujet de l'extraterritorialité jouant désormais un rôle important dans leurs observations générales, recommandations et observations finales, tous organes confondus. Les États sont encouragés à adopter des mesures permettant de concrétiser le respect des droits humains par les entreprises transnationales ou sont enjoins de le faire. Ce sont surtout le Comité des droits de l'enfant et le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui jouent un rôle de pionnier en la matière. Si elles n'établissent pas de distinction stricte entre extraterritorialité directe et mesures internes ayant des incidences extraterritoriales, ces recommandations semblent toutefois mettre l'accent sur ces dernières.

Situation en Suisse : le statu quo

Pour ce qui est de la Suisse, il ressort de l'analyse de la situation actuelle que le droit helvétique prévoit plusieurs instruments permettant d'agir ou de réagir aux violations des droits humains perpétrées par des entreprises à l'étranger. Nous présenterons ces instruments ici.

Le droit public contient diverses normes en la matière, entre autres dans sa partie consacrée au droit de la concurrence. Il est notamment possible de faire valoir des prétentions civiles ou de prononcer des sanctions pénales pour des faits survenus à l'étranger et de les faire exécuter en Suisse, en vertu du principe des effets ou d'extraterritorialité inscrit dans la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD). La loi sur les cartels reconnaît elle aussi le principe des effets, et des accords entre entreprises peuvent par conséquent tomber sous le coup de cette loi, même s'ils ont pour but de protéger les droits humains à l'étranger. La législation sur la protection des données et celle sur les marchés publics contiennent elles aussi des dispositions en la matière. La loi sur la protection des données fixe ainsi des conditions à la communication, par une entreprise, de données à des personnes ou à des autorités étrangères ; elle stipule que toute infraction peut être poursuivie, donne droit à faire valoir des prétentions et à faire exécuter les décisions. Quant au droit fédéral des marchés publics, il exige des adjudicataires qu'ils respectent des garanties minimales relevant du droit du travail, et cela également pour leurs activités à l'étranger ainsi que pour les biens et services qu'ils s'y procurent. Toute violation de ces dispositions peut être sanctionnée par le retrait du mandat, par exemple.



La compétence des tribunaux suisses ne pose aucun problème pour les entreprises dont le siège est en Suisse, en vertu des dispositions de la Convention de Lugano (CL) et de la LDIP. Ainsi, en droit privé, les obligations résultant d'actes illicites, régies par les articles 41ss CO, ainsi que les créances résultant d'un contrat permettent d'engager des procédures civiles afin que les entreprises indemnisent les victimes de violations des droits humains qu'elles ont commises à l'étranger. Dans le cas d'une entreprise suisse active uniquement à l'étranger, une compétence juridictionnelle est donc pour le moins créée en Suisse, dont les victimes potentielles peuvent se prévaloir. La création d'une compétence juridictionnelle ne suffit toutefois manifestement pas afin d'assurer un accès à des mécanismes de réparation efficaces, car c'est en règle général le droit de l'autre État qui s'applique à défaut de choix de la loi par les parties, en vertu de l'article 133 LDIP (lieu de l'action ou lieu du résultat). À la rigueur, il serait théoriquement aussi possible d'invoquer la disposition relative à l'ordre public (art 17 LDIP) ou la norme de l'application des dispositions impératives du droit suisse (art 18 LDIP) pour appliquer les dispositions suisses.

La situation est considérablement plus compliquée lors de violations des droits humains commises par des filiales ou des fournisseurs d'entreprises suisses. Dans ces cas également, il serait possible d'évoquer les dispositions de la LDIP ou de la CL pour fonder la compétence d'un tribunal suisse, mais ces cas de figure semblent plutôt théoriques. Toute responsabilité civile de sociétés mères sises en Suisse pour les activités de leurs filiales ou partenaires contractuels établis à l'étranger est d'ailleurs pratiquement exclue en raison du principe de séparation en vigueur en droit suisse des sociétés, un principe duquel la jurisprudence ne s'est jusqu'ici écartée que de manière très ponctuelle.

Il convient aussi de mentionner ici l'obligation pour les entreprises de présenter des rapports sur les aspects non financiers de leurs activités. Les normes légales en vigueur n'exigent des entreprises que des rapports financiers (art 957ss CO) ainsi que, dans certains cas, des évaluations des risques qui peuvent comprendre quelques aspects ayant trait aux droits humains (art. 961c, al. 2, ch. 2 CO). Le Conseil fédéral a toutefois lancé un processus législatif dans son rapport du 2 mai 2014 en vue de combler cette absence actuelle d'obligation générale de présenter des rapports non financiers qui aborderaient aussi des points délicats du point de vue des droits humains à l'étranger.

En droit pénal, la situation est semblable à celle du droit civil. En raison des dispositions pénales applicables aux entreprises ainsi que de la portée territoriale du CP, des entreprises suisses peuvent être poursuivies pénalement en Suisse pour des violations des droits humains perpétrées à l'étranger, pour autant bien entendu que les actes en question soient effectivement constitutifs d'une infraction. La doctrine n'est par contre pas unanime sur la possibilité de faire endosser à une société mère suisse la responsabilité pénale de violations des droits humains commises par ses filiales à l'étranger, et elle n'approuve une telle démarche que dans des cas ponctuels. Ce n'est qu'en invoquant les dispositions du CP qui prévoient le principe d'universalité qu'il est possible d'appliquer le CP à des filiales ou à des fournisseurs étrangers, mais ces dispositions sont d'une portée très limitée dans le domaine de l'économie et des droits humains.



En ce qui concerne le commerce extérieur, la LASRE impose au preneur d'assurance, lors de l'établissement d'une assurance contre les risques à l'exportation, de respecter le droit suisse et étranger ainsi que les obligations que le droit international impose à la Suisse. De plus, depuis 2016, l'obligation d'informer incombant aux requérant-e-s s'étend également à des aspects relevant des droits humains. Mentionnons aussi que, toujours dans le domaine du commerce extérieur, plusieurs dispositions légales régissent l'exportation et l'importation de biens sensibles du point de vue des droits humains.

Résultats de l'étude et mesures possibles

L'étude montre que la Suisse respecte en règle générale les rares dispositions contraignantes du droit international en la matière, en particulier en ce qui concerne les cas de contrôle effectif de personnes ou territoires étrangers — qui sont plutôt rares en Suisse —, mais aussi ceux dans lesquels des entreprises de la Confédération sont directement ou indirectement impliquées dans des violations des droits humains à l'étranger. On constate aussi que les mesures extraterritoriales figurant dans le droit suisse observent les limites posées par le droit international, et cela tant pour la compétence extraterritoriale directe que pour les mesures internes ayant des incidences extraterritoriales.

L'adoption par l'ONU, en 2011, des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme a passablement changé la donne, même si ces principes ne sont pour l'heure que des recommandations dépourvues de caractère contraignant. On peut d'ailleurs d'ores et déjà s'attendre à ce que les organes conventionnels de l'ONU soulèvent prochainement ce sujet lors de la présentation par la Suisse de ses prochains rapports étatiques. Il faut aussi dire que la Suisse, dans le cadre de ses objectifs de politique internationale, s'est engagée avec constance en faveur du développement de ces instruments non contraignants, plaidant à plusieurs reprises pour l'adoption d'une combinaison de mesures juridiquement non contraignantes et de dispositions légales (cf. [Conseil fédéral, Position en matière de RSE, 1^{er} avril 2015](#)), et que les attentes pour qu'elle légifère là où cela s'avère nécessaire n'en sont par conséquent que plus grandes. Enfin, on parle de plus en plus en Suisse des effets extraterritoriaux sur les droits humains des activités d'entreprises suisses à l'étranger, comme le montre par exemple l'initiative pour des multinationales responsables.

L'étude met en évidence que les mesures extraterritoriales non seulement concernent plusieurs aspects du droit suisse, mais présentent aussi des points de contact avec divers ordres juridiques étrangers ainsi qu'avec le droit international. Il est donc indispensable, lors de la formulation d'options détaillées, d'inscrire la notion suisse d'extraterritorialité dans le contexte international. En raison de la complexité des mesures susceptibles d'être adoptées dans le domaine de la compétence extraterritoriale relative aux rapports entre économie et droits humains, il ne semble pas suffisant de se doter d'un seul instrument d'envergure.

Il serait en revanche bien plus recommandable de rechercher un équilibre entre compétence législative et compétence juridictionnelle, qui tienne compte des différentes formes de viola-



tions de droits humains dans lesquelles les entreprises suisses actives à l'étranger peuvent être impliquées. C'est en effet la seule manière d'éviter des conflits de lois et des répercussions économiques défavorables aux entreprises suisses.

Plusieurs interventions parlementaires étant à l'examen, et une comparaison entre différents systèmes juridiques étant en cours d'élaboration, il faudra attendre le résultat de ces démarches pour formuler des propositions détaillées. L'étude du CSDH identifie déjà plusieurs pistes qu'il semble nécessaire de suivre :

- (1) Les mesures extraterritoriales déjà prises doivent faire l'objet d'une présentation transversale, visible et cohérente, par exemple dans le plan d'action suisse visant à mettre en œuvre les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.
- (2) Pour des raisons de cohérence avec l'évolution du droit à l'échelle internationale, toute application de mesures extraterritoriales et de réglementations étatiques devrait prendre la Charte des droits de l'homme comme référence.
- (3) Les mesures internes ayant des incidences extraterritoriales étant particulièrement susceptibles d'inciter les entreprises à respecter les droits humains, il est recommandé d'étudier de manière approfondie la façon d'y avoir recours de manière ciblée.

La version intégrale de l'étude (en allemand) se trouve sur le site internet www.csdh.ch.