



Accès à des voies de recours

Étude commandée par le DFAE en vue de l'exécution du postulat 14.3663

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Zurich et Lausanne, 2017

Résumé analytique en français

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)

LISTE DES AUTEURS

Prof. Dr. Christine Kaufmann

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Dr. Lukas Heckendorn Urscheler

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

MLaw Fabienne Bretscher

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Dr. Christoph Good

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

MLaw Laura Marschner

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Dr. Gabriela Medici

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

MLaw Fanny Pulver

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

MLaw Gabriela Schwarz

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

John Curran, LL.M

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Karen T. Druckman, LL.M

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Dr. Johanna Fournier, LL.M

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Dr. Ilaria Pretelli

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Carole Viennet

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Henrik Westermark, LL.M

Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Les opinions exprimées dans cette étude sont celles des auteurs et ne peuvent engager que la responsabilité du CSCDH et de l'ISDC.

INTRODUCTION

[1] Le troisième pilier des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (Principes directeurs de l'ONU) appelle les États à garantir l'accès à des mesures de réparation aux personnes victimes d'atteintes à leurs droits fondamentaux commises par des entreprises. Les États ont l'obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme, et sont donc tenus à ce titre de veiller à ce que les victimes puissent obtenir réparation. Comme le précise l'art. 25 énonçant le « principe fondateur » du chapitre consacré à l' « accès à des voies de recours » des Principes directeurs de l'ONU:

« 25. Au titre de leur obligation de protéger contre les atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises, les États doivent prendre des mesures appropriées pour assurer, par le biais de moyens judiciaires, administratifs, législatifs ou autres, que lorsque de telles atteintes se produisent sur leur territoire et/ou sous leur juridiction, les parties touchées ont accès à un recours effectif. »

[2] Soucieux d'offrir des voies de recours accessibles et efficaces aux victimes, les articles subséquents du chapitre III des Principes directeurs de l'ONU précisent que, pour garantir l'accès des victimes à des voies de recours, il est possible de recourir, non seulement à des procédures judiciaires et à des pratiques ou procédures non judiciaires relevant de l'État, mais également à des mécanismes de réclamation non gouvernementaux. Ainsi, les Principes directeurs soulignent l'importance que peuvent revêtir les initiatives multipartites ou les procédures sectorielles d'indemnisation, ainsi que les mécanismes de réparation mis en place par l'entreprise elle-même, en plus des mesures prises par l'État, pour améliorer l'accès aux voies de recours.

[3] Conformément aux souhaits du Département fédéral des affaires étrangères, la présente étude se concentre sur les mécanismes relevant de l'État et examine à la fois les voies de recours judiciaires et non judiciaires. Les mécanismes relevant des entreprises n'entrent pas dans le cadre de l'étude.

[4] L'étude passe d'abord en revue l'accessibilité des voies de recours judiciaires ou non judiciaires existant actuellement en Suisse pour les victimes de violations des droits de l'homme commises par une entreprise à l'étranger. Elle effectue ensuite une analyse comparative des moyens d'accès aux voies de recours judiciaires (Chapitre III) et non judiciaires (Chapitre IV) dans d'autres pays. Puis elle décrit les interactions entre voies de recours judiciaires et non judiciaires (Chapitre V) avant de faire le point sur les tendances qui se dessinent à travers les impulsions politiques internationales et les positionnements normatifs nationaux et d'émettre des recommandations à l'intention de la Suisse (Chapitre VI). Les annexes comprennent des comptes rendus détaillés du droit pénal, du droit international privé, du droit de la responsabilité civile, du droit procédural et du droit des sociétés, et présentent les possibilités de réparation collective qui permettent aux victimes de réclamer justice en Allemagne, en France, au Danemark, au Royaume-Uni et aux États-Unis.

I. VOIES DE RECOURS JUDICIAIRES

[5] Les voies de recours judiciaires pour les victimes de violations des droits de l'homme sont ouvertes pour engager soit la responsabilité civile d'une entreprise et/ou de ses dirigeants, soit la responsabilité pénale individuelle ou d'une entreprise. Les possibilités pour un individu de saisir les tribunaux de l'État d'origine de l'entreprise étrangère qui a violé ses droits varient beaucoup

entre les droits nationaux, et en fonction de l'attribution de ces actions au domaine civil ou au domaine pénal par l'État d'origine. Les différences apparaissent non seulement dans le droit matériel, mais aussi dans les règles de procédure définissant l'intérêt à agir de celui qui allègue la violation.

1. Droit pénal

[6] Les systèmes juridiques étudiés prévoient tous la possibilité de poursuivre les entreprises, sauf en Allemagne. Cela signifie que l'entreprise elle-même –en sus de ou au lieu de – l'auteur véritable, l'employé responsable, ou éventuellement les dirigeants de l'entreprise sont passibles de sanctions pénales.

[7] Malgré la volonté affichée par les juridictions étudiées dans ce rapport de reconnaître de manière générale la responsabilité pénale des entreprises, le rapport montre que la probabilité, pour une victime de violations de droits de l'homme, d'accéder à des voies de recours est actuellement faible. Cette situation s'explique par : (1) l'absence de bases légales permettant de poursuivre les violations de droits de l'homme commises par une entreprise, à laquelle s'ajoutent (2) les limites des compétences des juridictions saisies des réclamations concernant des violations des droits de l'homme commises à l'étranger par une entreprise étrangère. En outre, le principe souvent invoqué de la *double incrimination* (les deux juridictions doivent considérer l'acte comme un crime) limite l'étendue des poursuites envisageables aux violations commises dans une juridiction qui reconnaît le principe de la responsabilité pénale des entreprises. Cependant, lorsque le principe de la responsabilité pénale est admis pour de tels cas, plusieurs juridictions accordent généralement aux victimes la possibilité de participer à la procédure et de demander réparation.

[8] Pour pouvoir bénéficier d'une protection en droit pénal, une victime doit d'abord s'assurer que le préjudice subi a été causé par un acte ou une omission tombant sous le coup des dispositions du droit pénal qui relève de la juridiction du tribunal compétent. À l'heure actuelle, aucun des ordres juridiques étudiés n'incrimine spécifiquement les atteintes aux droits de l'homme commises par une entreprise. Cependant, les atteintes qui relèvent d'un dommage corporel ou d'un décès peuvent être signalées à la police pour qu'elle engage des poursuites conformément aux dispositions prévues par le code pénal.

[9] La décision du tribunal d'entrer en matière dans une affaire pénale dépend à la fois de l'appréhension générale de la responsabilité pénale des entreprises par le système juridique national concerné, ainsi que de l'attribution de la compétence juridictionnelle pour l'acte et les dommages en cause. Parmi les systèmes juridiques examinés dans ce rapport, la plupart des systèmes de droit civil attribuent généralement la compétence judiciaire en fonction des principes de la personnalité active (nationalité de l'accusé) et de la personnalité passive (nationalité de la victime), pour un nombre assez important d'infractions graves. Les systèmes de *common law* sont, en règle générale, plus restrictifs et ne se reconnaissent la compétence de poursuivre une personne pour des actes perpétrés hors du territoire national que s'il s'agit d'un ressortissant accusé d'avoir commis certains types de crimes. La juridiction universelle est reconnue, pour un petit nombre d'actes criminels particulièrement graves, dans tous les systèmes étudiés à l'exception des États-Unis.

[10] La sanction pénale la plus fréquente encourue par une entreprise est une amende, dont le montant peut être fixé ou limité par la loi. Dans certains ordres juridiques, le tribunal peut aussi ordonner que la victime soit indemnisée pour le préjudice subi. Les droits pénaux français, néerlandais, anglais et américain comportent encore d'autres sanctions à l'égard de l'entreprise

reconnue coupable, qui vont d'une période probatoire à la dissolution de la société, en passant par l'interdiction de participer à des appels d'offres publics ou d'exercer certaines activités commerciales.

[11] La plupart des ordres juridiques prévoient que les victimes ont la possibilité de participer, d'une manière ou d'une autre, à la procédure pénale. Le degré de participation varie considérablement ; la France, l'Allemagne et les Pays-Bas autorisent même les victimes à adresser des questions aux tribunaux et à requérir des preuves et des témoignages. Dans ces ordres juridiques, ainsi qu'au Danemark, les victimes ont également droit à un avocat, tandis que dans les systèmes de *common law* examinés, une charte des droits des victimes donne explicitement à la victime le droit d'être protégée de l'accusé.

2. Droit civil

[12] Dans la mesure où le droit des obligations, le droit des sociétés et le droit de la concurrence varient entre les ordres juridiques étudiés, les voies de recours civiles diffèrent sensiblement entre leurs systèmes respectifs, jusqu'à nuire aux recours en matière d'entreprises et de droits de l'homme. La plupart des juridictions étudiées n'imposent aucune obligation claire ou juridiquement contraignante aux acteurs privés quant à leur comportement à l'étranger sur le plan des droits de l'homme. Aux États-Unis, l'*Alien Tort Claims Act* pourrait servir de base à une telle obligation, mais la Cour suprême en a restreint l'accès pour les victimes étrangères de violations des droits de l'homme. En février 2017, l'adoption par l'Assemblée nationale française d'une loi imposant aux grandes entreprises un devoir de vigilance portant sur leur respect des droits humains, et celui de leurs filiales, dans le cadre de leurs activités exercées à l'étranger a fait de la France une exception notable à l'absence générale d'une telle norme. Il est cependant trop tôt pour mesurer l'efficacité de cette loi pour ouvrir le système à la réparation des dommages subies par les victimes/.

[13] Néanmoins, même quand la législation n'impose aucune obligation spécifique aux entreprises, les victimes qui agissent au civil peuvent généralement reprocher aux entreprises des mauvais traitements sur la base du droit des contrats ou du droit de la responsabilité civile. La qualité pour agir des victimes dépend des conditions habituellement requises pour intenter une action civile. Ces conditions peuvent être particulièrement difficiles à remplir si la violation a eu lieu en dehors de la juridiction de l'État d'origine de l'entreprise et si la victime ou l'auteur est étranger.

[14] Outre la question du lieu où la violation des droits de la victime a été commise – qui est fondamentale pour déterminer le droit matériel applicable – d'autres questions doivent être examinées, notamment :

- dans quelle mesure la filiale – et non pas la succursale – d'une entreprise nationale peut-elle voir sa responsabilité engagée devant les juridictions de l'Etat dans lequel elle exerce ses activités, pour les actes qu'elle a commis à l'encontre d'individus et, corollairement,
- si la responsabilité peut en être attribuée à la société mère.

[15] En ce qui concerne la procédure, des questions telles que

- la partie à laquelle est attribuée le fardeau de la preuve ;
- l'étendue autorisée des réquisitions de preuves ; et
- si le délai de prescription permet d'examiner une action pour lésion corporelle (sachant

que dans un certain nombre de juridictions, le délai pour ce type d'actions n'est que de trois ou quatre ans après la survenance du préjudice)

ont un impact direct sur la probabilité que le plaignant ou la plaignante gagne son procès et, avant tout, soit en mesure de porter son affaire devant le tribunal.

[16] Enfin, les procédures judiciaires comportent des obstacles pratiques qui peuvent aussi empêcher les victimes d'accéder effectivement aux voies de recours civiles. On citera notamment la possibilité de se faire représenter ou non, l'existence de mécanismes de réparation collective ainsi que les frais de justice.

3. Rapports nationaux sur l'accès aux voies de recours judiciaires (Annexe I)

[17] Le rapport s'accompagne d'une annexe qui passe en revue les voies de recours judiciaires accessibles en Allemagne, en France, au Danemark, au Royaume-Uni ainsi qu'aux États-Unis aux victimes de violations des droits de l'homme commises par des entreprises.

II. VOIES DE RECOURS NON JUDICIAIRES

[18] Les voies non judiciaires pour les victimes d'atteintes aux droits de l'homme impliquant des entreprises étrangères constituent une autre possibilité d'action. Le présent rapport examine quatre types de procédures non judiciaires disponibles au niveau national : les points de contact nationaux (PCN), les institutions nationales des droits de l'homme, les ombudsmans, et les institutions financières de développement.

1. Points de contact nationaux

[19] Les points de contact nationaux (PCN) sont des organes qui peuvent traiter des plaintes déposées contre des entreprises multinationales. Un PCN ne relève pas nécessairement exclusivement de l'État. Sa mise en place est une obligation, formulée dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, qui incombe à chaque pays membre. L'avantage des PCN est qu'ils peuvent accepter des plaintes concernant les activités de sociétés menées sur le territoire de n'importe quel pays membre.

[20] Cependant, la liberté dont disposent les gouvernements pour organiser leur PCN ne permet pas vraiment de généraliser. Ces organes diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre, que ce soit au niveau de leurs structures institutionnelles, de leur financement, de l'étendue de leurs pouvoirs d'enquête, des mécanismes de plainte ou du soutien apporté aux victimes. Les PCN les plus efficaces sont des organes indépendants disposant de ressources et d'effectifs suffisants, qui peuvent enquêter et arbitrer de manière à rendre leurs services facilement accessibles à ceux qui ont des griefs contre des entreprises.

2. Institutions nationales des droits de l'homme

[21] Les institutions nationales des droits de l'homme (INDH) sont le deuxième type d'organes relevant de l'État et susceptibles d'offrir une voie de recours non judiciaire aux victimes d'abus commis par des entreprises. Le rôle d'une INDH, tel qu'il est décrit dans les *Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme* (Principes de Paris) adoptés en 1993 par l'Assemblée générale de l'ONU, est « de promouvoir et de protéger les droits de l'homme » dans le pays, en formulant « des avis, recommandations, propositions et rapports », en assurant que la législation nationale est en conformité avec les

instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en encourageant l'adoption d'instruments internationaux supplémentaires, en contribuant aux rapports que l'État doit présenter aux organes chargés de veiller au respect des droits de l'homme (« human rights bodies »), en sensibilisant la population aux droits de l'homme et en promouvant les moyens de lutte contre les discriminations. Les INDH peuvent également avoir pour tâche de proposer des conseils aux victimes des violations de droits de l'homme sur les voies de droit possibles et peuvent même aller jusqu'à enquêter sur des plaintes, proposer des services de conciliation et faire des recommandations aux autorités sur des adaptations de la législation et des pratiques administratives.

[22] Les Principes de Paris, comme les Principes directeurs de l'ONU, ne donnent pas de consigne quant à la structure formelle des INDH. Néanmoins, ces documents insistent sur le fait que les INDH doivent être des entités formellement constituées, que leurs membres doivent représenter une grande diversité d'institutions et d'intérêts (monde universitaire, ONG, structures gouvernementales, autorités religieuses) et qu'elles doivent être indépendantes du gouvernement, tant dans leur structure que dans leur financement.

3. Ombudsman

[23] Les États peuvent aussi mettre en place un ombudsman chargé de traiter des griefs liés au domaine de l'entreprises et des droits de l'homme. Souvent utilisé au sein des institutions comme un organe neutre permettant de porter à l'attention des niveaux hiérarchiques supérieurs les plaintes déposées contre un acteur interne à l'institution concernée l'ombudsman est généralement mis en place par le pouvoir législatif ou exécutif pour garantir que les services de l'Etat respectent les lois qui protègent le public. Le rapport montre que les fonctions et le champ d'activité des ombudsmans mis en place dans les systèmes examinés varient considérablement d'un pays à l'autre. S'il n'existe pas d'ombudsman dans le domaine des entreprises et des droits de l'homme *per se*, on trouve plusieurs exemples d'ombudsmans s'occupant d'aspects spécifiques de la relation entre entreprises et droits de l'homme, tels que des ombudsmans créés spécialement pour lutter contre les discriminations, la protection des données ou les droits des enfants par exemple, ou encore des ombudsmans chargés de vérifier la légalité des décisions administratives prises par les autorités.

[24] Alors que toutes les instances de médiation peuvent enquêter sur des plaintes individuelles ou collectives, il est rare qu'elles puissent se saisir d'office pour prendre l'initiative de mener une enquête sur des violations. De même, si la plupart des organes examinés dispose de la compétence d'émettre des recommandations à l'attention de l'acteur gouvernemental responsable de la violation sur les moyens de réparation des effets de son comportement, certains disposent en outre de compétences quasi judiciaires pour donner des instructions sur le comportement à adopter ou prononcer le paiement d'amendes. Si ces dernières compétences relèvent de l'exception, il reste que des moyens efficaces d'obtenir réparation sont ouverts aux individus dont les droits fondamentaux ont été atteints par une entreprise, pour autant que l'organe compétent dispose de l'autorité adéquate pour enquêter sur les plaintes contre des agents de l'État et des acteurs économiques et de réagir avec fermeté.

[25] Pour que les ombudsmans puissent intervenir davantage dans le domaine de l'entreprise et des droits de l'homme, il faudrait envisager d'étendre leur compétence matérielle (de manière à couvrir plus de droits fondamentaux), d'élargir le champ d'application personnel des mécanismes de plainte (pour inclure les actes d'acteurs privés) et de clarifier les compétences de ces organes en ce qui concerne les violations de droits de l'homme commises hors du territoire national.

4. Institutions de financement des exportations et institutions de financement du développement

[26] Les derniers mécanismes de réclamation non judiciaires relevant de l'État étudiés ici sont les instruments de financement public, en particulier les agences de crédit à l'exportation et les agences nationales (« bilatérales ») de financement du développement. Les agences de crédit à l'exportation (OCE) proposent aux entreprises privées des fonds axés sur les transactions d'exportation ou des contrats d'assurance qui couvrent les activités d'exportation à l'étranger. Si de nombreux OCE accordent des prêts directs, certains sont plus restrictifs et fournissent uniquement des couvertures d'assurance (« garantie pure »). Pour ces derniers, la transaction d'exportation est finalisée une fois que le contrat d'assurance est terminé. Sachant qu'il contribue à diminuer les risques financiers des activités commerciales, le financement OCE peut indirectement soutenir la croissance économique des pays en développement. Par ailleurs, il peut encourager les entreprises à s'implanter dans des zones géographiques qui, en temps normal, présenteraient une grande incertitude (ce qui n'est pas acceptable d'un point de vue économique).

[27] Les institutions de financement du développement (IFD) sont des institutions soutenues par leur gouvernement, qui investissent dans des projets du secteur privé menés dans des pays à revenu faible et moyen. Les IFD sont généralement structurées comme des organisations bilatérales qui cherchent à investir dans des projets commercialement durables, souvent aux côtés d'investisseurs privés.

[28] Comme le suggèrent les Principes directeurs de l'ONU, les États devraient exiger que tout financement accordé par un OCE ou une agence de développement pour des activités menées par des entreprises à l'étranger soit conditionné à l'exercice approprié, par l'entreprise bénéficiaire, d'une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. En mettant à disposition leurs propres mécanismes de réclamation, les agences de financement peuvent fournir aux victimes des voies de recours dans le cadre d'un système de réparation plus vaste, conformément au principe 25 des Principes directeurs. En outre, ces mécanismes peuvent renforcer leurs procédures de diligence raisonnable.

[29] L'étude comparative montre que les mécanismes de réclamation non judiciaires ne sont pas encore très répandus dans les structures OCE des pays étudiés, à l'exception des États-Unis. Néanmoins, ces mécanismes existent au Canada et dans plusieurs autres juridictions qui n'entrent pas dans le cadre de la présente étude. Au vu de l'absence d'expériences déterminantes relatives à ces mécanismes, la manière la plus efficace d'assurer l'accès aux voies de recours n'a toujours pas été identifiée.

[30] La plupart des IFD bilatérales étudiées prévoient des mécanismes de réclamation. Le rapport n'indique aucun modèle standard, certains mécanismes étant internes à l'institution de financement et d'autres externes.

III. TENDANCES INTERNATIONALES ET RECOMMANDATIONS

1. Éléments moteurs importants sur le plan international

[31] Le présent rapport a identifié non pas une tendance uniforme mais plusieurs moteurs importants à l'échelle mondiale censés favoriser la mise en œuvre du pilier des Principes directeurs de l'ONU sur l'accès à des voies de recours. Le consensus général qui règne au sein de la communauté internationale quant à la nécessité d'améliorer l'accès des victimes à des

voies de recours se reflète entre autres dans le projet sur l'accès à des voies de recours initié par le Conseil des droits de l'homme, dans le projet financé par l'UE sur la suppression des obstacles qui entravent l'accès à la justice et dans la récente déclaration des dirigeants du G20 en juillet 2017 annonçant leur soutien envers l'accès à des voies de recours et des mécanismes non judiciaires comme le système des PCN.

[32] Dans ce contexte général, les approches gouvernementales concernant l'accès aux voies de recours diffèrent sensiblement, tant au sein de la Suisse qu'en Europe et en Amérique du Nord. L'étude montre qu'il existe de grandes différences, tant au niveau matériel que sur le plan procédural, dans la manière dont les systèmes examinés se réfèrent aux Principes directeurs de l'ONU et les appliquent. En conséquence, il ne se dégage aucune tendance commune à tous les systèmes, mais plutôt un ensemble d'éléments que l'on peut identifier comme étant des moteurs potentiels pour le développement futur des mécanismes de réclamation relevant de l'État :

1. Les *mécanismes non judiciaires existants* prennent de l'importance dans la résolution des plaintes pour atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises. À cet égard, le nombre d'affaires relatives aux droits de l'homme portées devant des points de contact nationaux, en application des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, a sensiblement progressé depuis 2011.
2. Les victimes et les organisations de la société civile ont de plus en plus recours aux *mécanismes judiciaires existants* pour tenter d'amener les entreprises à répondre de leurs actes et de ceux de leurs filiales à l'étranger. À ce jour, seuls quelques rares pays ont traité les questions soulevées à ce sujet, souvent avec des approches différentes et dans des contextes spécifiques, comme les activités commerciales dans des zones affectées par des conflits.
3. Aucun des ordres juridiques examinés dans l'étude ne livre de réponse claire quant à *l'interaction entre les mécanismes judiciaires et non judiciaires*. Étant donné le nombre croissant de procédures non judiciaires, les approches adoptées sont très différentes quant à leurs conséquences pour, voire même leur appui sur, des procédures judiciaires. En l'absence de tendance internationale, il est nécessaire d'examiner un certain nombre de questions pratiques qui se posent dans ce contexte, comme la confidentialité, la possibilité de renoncer à la procédure judiciaire ou d'y surseoir temporairement.

2. Position de la Suisse dans le contexte international

2.1. Voies de recours judiciaires

[33] En ce qui concerne les *recours judiciaires*, le rapport de 2016 du HCDH énonce des « directives visant à améliorer la responsabilisation des entreprises et l'accès à des voies de recours dans les affaires de violations des droits de l'homme commises par des entreprises » (directives). Les directives sont divisées en deux volets : le premier concerne la répression des infractions en droit public et en droit pénal commises par des entreprises et le second, les actions de droit privé. Elles fournissent un cadre qui permet de placer l'accès à des voies de recours dans ces deux domaines.

[34] La *responsabilité pénale des entreprises* est en principe prévue par le code pénal suisse, mais le code la restreint soit à des situations où un individu ne peut pas être tenu pour responsable en raison du « manque d'organisation de l'entreprise » (un concept qui demeure relativement imprécis), soit à des infractions spécifiques (essentiellement financières ou liées à la corruption). La responsabilité pénale des entreprises en droit suisse ne couvre donc pas

nécessairement toutes les atteintes graves aux droits de l'homme. Même si les incertitudes et limites du droit pénal suisse dans ce domaine sont communes à de nombreuses juridictions, il reste insatisfaisant au regard de certains dispositifs énoncés dans les directives du HCDH (et qui existent en revanche dans certains ordres juridiques).

[35] D'autres facteurs mentionnés dans les directives, comme la responsabilité relative aux chaînes d'approvisionnement ou aux activités d'un groupe, ne sont pas abordés explicitement dans la plupart des ordres juridiques examinés. Le droit français constitue la seule exception. Le code pénal suisse suit la tendance générale, dans la mesure où le cadre juridique actuel ne prévoit pas de responsabilité primaire pour les actes commis par des filiales.

[36] Une autre caractéristique de la responsabilité pénale est la possibilité pour *la victime de participer à la procédure*. Aux termes des directives du HCDH, les sanctions pénales devraient offrir la « perspective d'un recours utile pour la perte subie » (objectif stratégique 11) et la victime devrait être consultée. Il existe toute une gamme d'instruments internationaux qui prévoient une protection importante des intérêts de la victime. D'un point de vue comparatif, les dispositifs qui donnent aux victimes la possibilité de participer à la procédure pénale sont très différents les uns des autres. Ainsi, le droit suisse offre généralement un niveau élevé de participation et de protection des victimes, même si l'assistance aux victimes étrangères est restreinte pour les actes criminels ayant été commis hors du territoire suisse.

[37] Concernant la question de la *compétence juridictionnelle et du droit applicable* – point crucial dans les affaires transfrontalières – les différences entre les pays européens sont relativement peu nombreuses. Tous les ordres juridiques étudiés reconnaissent généralement la compétence de leurs tribunaux pour trancher les demandes introduites contre les sociétés mères dont le siège se trouve sur leur territoire. C'est aussi le cas en droit suisse. Il est en revanche plus difficile d'établir une compétence juridictionnelle lorsqu'il s'agit de filiales pas domiciliées dans l'État. Pour les sociétés qui ne sont pas domiciliées dans sur le territoire de l'Etat dont le droit est examiné, la compétence juridictionnelle peut en outre être reconnue (i) sur le fondement du lieu où un acte illicite a été commis (p. ex. où les décisions ont été prises, bien que cela ne soit pas incontestable), (ii) résultée d'une procédure collective engagée, ou encore, dans certains ordres juridiques (comme la Suisse), (iii) en vertu d'un for de nécessité pouvant être établi pour connaître d'atteintes graves aux droits de l'homme. Il convient de noter que la Suisse ne dispose pas de mécanismes autorisant un tribunal à s'abstenir d'exercer sa compétence (*forum non conveniens*), comme c'est le cas dans les ordres juridiques du common law. Quant au droit applicable, la règle générale qui prévaut (y compris en Suisse) consiste à appliquer le droit du pays où l'acte illicite a été commis, de sorte que, généralement, le droit du pays d'origine de l'entreprise sera appliqué par le juge suisse uniquement aux actes de l'entreprise commis en Suisse (y compris aux éventuelles décisions prises). De nombreuses juridictions autorisent aussi l'application du droit du for si des raisons impérieuses d'ordre public le requièrent. La Suisse suit les tendances internationales sur ce point également, même si une telle interprétation de la clauses d'exception (*forum necessitatis*) par les tribunaux reste très incertaine.

[38] Pour ce qui est du *droit des sociétés et de la responsabilité civile*, il convient de relever que, en général, les ordres juridiques étudiés ne se conforment pas au principe de base énoncé dans les directives du HCDH, selon lequel les régimes nationaux de droit privé doivent établir des règles claires pour déterminer la responsabilité pour des actes commis par des filiales dans le domaine de l'entreprise et des droits de l'homme. À l'exception des obligations légales de diligence raisonnable introduites récemment dans certains ordres juridiques, et souvent limitées à des problématiques spécifiques (minerais provenant de zones de conflit, travail des enfants), les décisions rendues par plusieurs tribunaux ne permettent pas de prévoir l'issue des affaires à

venir. Si l'actuel cadre juridique suisse est sans doute clair et restrictif, il n'est pas impossible (comme l'ont montré certaines affaires traitées dans d'autres ordres juridiques) que des affaires test soient portées devant des tribunaux suisses, afin d'explorer les limites de ce cadre juridique.

[39] En ce qui concerne la *charge de la preuve*, les directives s'abstiennent de donner des indications précises et renvoient seulement à la nécessité de trouver un juste équilibre. L'analyse comparative montre une tendance, dans certaines juridictions (mais pas toutes) comme les Pays-Bas ou la France de renverser ou d'ajuster légèrement la charge de la preuve (en faveur de la victime) dans certaines affaires pertinentes de responsabilité. Le droit suisse ne semble pas suivre cette évolution pour l'instant.

[40] Le dernier point abordé dans les directives touche les *obstacles financiers aux actions de droit privé*. Aux termes de l'objectif stratégique 15 des Principes directeurs, les demandeurs devraient avoir accès à des sources diversifiées pour financer les frais de justice, tels que l'assistance judiciaire, un financement de l'État en cas de difficultés financières particulièrement grave, et même des mécanismes de réparation collective et des conventions de financement privé comme les conventions d'honoraires conditionnels (*contingency fee*). Il s'agit là d'un domaine où les normes varient considérablement en fonction des ordres juridiques étudiés. Dans certains ordres, c'est avant tout l'État qui fournit un financement aux justiciables, dans d'autres, il est possible de conclure des conventions subordonnant le versement d'honoraires à une condition de résultat. Les mécanismes prévus dans le droit suisse sont similaires à ceux en place dans de nombreux autres ordres juridiques européens, mais ils sont radicalement différents des mécanismes existant aux États-Unis. La seule tendance commune qui se dessine dans ce domaine est une volonté croissante, y compris dans les ordres juridiques européens continentaux, d'introduire des mécanismes de réparation collective. L'Union européenne a adopté des recommandations sur ce sujet. Même si le droit suisse ne semble pas particulièrement réservé, comparé à d'autres juridictions, il n'est pas particulièrement innovant non plus. Une modification du CPC récemment proposée par le Conseil fédéral vise à réduire les obstacles financiers ainsi qu'à introduire des mécanismes de réparation collective. Ces propositions correspondent à la tendance internationale actuelle.

2.2. Voies de recours non judiciaires

[41] Le HCDH n'a pas encore publié de directives sur les voies de recours non judiciaires mais a reçu mandat du Conseil des droits de l'homme d'effectuer des recherches sur la question. C'est dans ce contexte que le HCDH a publié une étude exploratoire en février 2017, qui propose de coordonner les mécanismes judiciaires et non judiciaires, afin d'offrir un cadre cohérent aux victimes d'atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises. L'étude identifie deux fonctions clés des recours non judiciaires : le *traitement des plaintes* et le *règlement (alternatif) des différends*. Ces fonctions clés sont complétées par une série d'autres fonctions importantes donnant accès à des voies de recours efficaces comme le travail de prévention, les fonctions de contrôle et l'analyse des réglementations en vigueur.

[42] Mis à part le PCN, il n'existe en Suisse aucun mécanisme non judiciaire relevant de l'État qui soit spécialement conçu pour traiter les atteintes aux droits de l'homme commises par les entreprises. Cependant, il existe toute une gamme d'instruments pouvant être utilisée dans ce contexte. Dans le cadre de l'accès aux voies de recours, les mécanismes non judiciaires institutionnalisés qui existent en Suisse répondent à des objectifs différents :

- Les ombudspersons peuvent recevoir des *plaintes individuelles ou collectives* dans des domaines définis par la loi ou par des instruments non contraignants en relation avec le

droit existant. En général, en Suisse, les ombudsmans peuvent formuler des recommandations mais ne peuvent pas rendre de décisions contraignantes.

- Le PCN suisse reçoit des *plaintes* et peut proposer des services de médiation mais son mandat ne lui permet pas d'accorder de réparation.
- Il existe un troisième groupe d'organes en Suisse, tels que la Commission fédérale contre le racisme, qui ne reçoit pas de plaintes mais offre des *services de conseil* aux victimes. Des organes d'arbitrage et de conciliation peuvent également recevoir des plaintes, proposer une médiation ou un arbitrage et, dans certains cas, prononcer des mesures d'indemnisation ou de conciliation.

[43] La diversité de ces approches, qui diffèrent tant par leurs objectifs que par leur modèle institutionnel, n'est pas propre à la Suisse mais se retrouve dans tous les ordres juridiques étudiés. Elle soulève des interrogations quant à la coordination entre les différents mécanismes, compte tenu de leurs fonctions et de leur intégration dans l'ensemble du système judiciaire.

[44] Plusieurs États ont lancé, dans le cadre de leur plan d'action national (PAN) Entreprises et droits de l'homme, des initiatives visant à mieux coordonner et/ou faciliter l'accès aux voies de recours non judiciaires. Les ordres juridiques examinés dans cette étude suivent à cet égard des approches différentes : plusieurs se concentrent sur le rôle clé du PCN qui consiste à fournir un mécanisme de réclamation tandis que d'autres mettent l'accent sur le mandat confié à l'INDH d'agir comme organe de coordination, voire de contrôle.

[45] À l'instar d'autres pays, le PAN suisse souligne le rôle clé du PCN en tant qu'organe de médiation et de règlement des différends. En proposant d'examiner les possibilités de représentations à l'étranger, dans l'objectif de proposer une solution facilement accessible pour le règlement des différends, le PAN suisse pourrait éventuellement ouvrir de nouvelles perspectives, en fonction des conclusions qui seront rendues. Contrairement à d'autres pays, le PAN suisse ne mentionne pas les mécanismes non judiciaires existants qui ne sont pas spécifiquement conçus pour traiter les questions relatives aux droits de l'homme et aux entreprises, bien qu'ils puissent être utilisés à cette fin.

[46] Globalement, compte tenu de la palette des mécanismes non judiciaires disponibles qu'elle a mis en place, la Suisse se situe dans la moyenne des pays examinés pour cette étude ; autrement dit, elle n'est ni à l'avant-garde ni complètement distancée. Il convient cependant de nuancer ces propos : si le PCN joue un rôle très important et reconnu dans le règlement des différends et la médiation – ce qui le situe à l'avant-garde plutôt que dans la moyenne – l'absence de voies de recours accessibles ou de mesures de réparation n'a pas reçu la même attention que dans d'autres pays ou au sein du HCDH. Enfin, comme d'autres pays, la Suisse dispose de mécanismes moins spécifiques qui pourraient être utilisés pour les différends relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises.

3. Recommandations

3.1. Besoin de conceptualisation

[47] En Suisse, l'accès aux moyens de réparations est actuellement hautement sous-conceptualisé. C'est du reste aussi le cas d'autres pays (étudiés), comme le confirment les études récentes du HCDH. La Suisse dispose certes d'un grand nombre de mécanismes non judiciaires, relevant ou non de l'État, qui permettent l'accès à des voies de recours, mais les institutions et leurs interactions – le cas échéant – sont peu connues et, p. ex. dans quelle mesure les résultats des mécanismes non judiciaires jouent un rôle devant les instances

judiciaires. Il convient de clarifier sur le plan conceptuel la relation entre organes judiciaires et non judiciaires, afin d'éviter des problèmes opérationnels.

[48] Il est nécessaire d'approfondir la théorie qui sous-tend les mécanismes non judiciaires d'accès aux voies de recours, afin d'élaborer une approche plus uniforme pour traiter les violations des droits de l'homme en dehors du système judiciaire. Si les avantages concrets d'une résolution non judiciaire sont évidents, les fondements théoriques de ces mécanismes ne le sont pas. Un effort de clarification permettrait de mieux comprendre dans quelle mesure ces mécanismes aident effectivement les individus désavantagés à jouir pleinement de leurs droits fondamentaux.

3.2. Recommandations stratégiques

[49] Avant toute autre chose, la Suisse doit prendre une *décision politique* sur le positionnement qu'elle souhaite adopter dans le contexte des récents développements internationaux et des tendances émergentes qui ont été présentés. Le manque de clarté régnant n'est pas sans conséquences : des dispositions procédurales ou matérielles peu précises ou manquant de clarté un terrain propice aux affaires test visant à tester le système et obtenir une interprétation de la part d'un tribunal ou du mécanisme non judiciaire concerné. De telles procédures ont été introduites ou sont en cours dans plusieurs pays.

[50] D'un point de vue juridique, la Suisse a trois options élémentaires, qui présentent toutes des avantages et des inconvénients :

- a) *Scénario (1)* : Selon le premier scénario, la Suisse pourrait choisir de ne prendre aucune mesure additionnelle et *attendre et observer* les effets des tendances et les développements internationaux identifiés et leur impact sur la Suisse et les entreprises suisses. Le scénario (1) serait plutôt une approche *réactive*, tandis que les approches décrites dans les scénarios (2) et (3) sont plutôt pro-actives ou actives.
- b) *Scénario (2)* : À la différence du scénario (1), la Suisse peut décider de jouer un *rôle de premier plan*, en développant une palette complète de voies de recours, incluant à la fois des recours judiciaires et non judiciaires. Avec une telle approche *pro-active*, la Suisse figurerait au rang des pionniers, si elle levait les incertitudes existantes et complétait le cadre, existant mais fragmenté, d'accès aux voies de recours, par une conceptualisation transversale et l'adoption des éléments manquant encore pour l'effectivité des réparations et un recours ,.
- c) *Scénario (3)* : Le troisième scénario que la Suisse pourrait choisir se situe à mi-chemin entre les scénarios (1) et (2) et peut être qualifié d'approche *active*. Il implique de réduire les incertitudes et lacunes existantes là où les tendances et développements internationaux sont identifiés. Cette approche dynamique et évolutive viserait l'adaptation progressive du droit suisse, au fil des développements internationaux.

[51] Le choix de la Suisse entre les scénarios (1), (2) ou (3) relève, avant de devenir une question juridique, d'une décision politique. Les recommandations suivantes répondent aux problématiques clés identifiées dans cette étude, pour améliorer l'accès à des voies de recours ; leurs répercussions dépendront du scénario politique choisi par la Suisse :

- (1) La première suggestion est que la Suisse *augmente la visibilité* de ses mécanismes de réparation. Cette mesure est envisageable dans les trois scénarios.
- (2) Mis à part dans le scénario (1), un *dialogue entre les parties prenantes* largement ouvert, comprenant non seulement des représentants des entreprises, du gouvernement et de la

société civile, mais aussi des représentants des mécanismes existants, tels que des magistrats, des avocats, le PCN et des ombudsmans, pourrait constituer une première étape intéressante, dans la mesure où cela permettrait de mieux percevoir les obstacles au respect des Principes directeurs de l'ONU relatifs à l'accès effectif et adéquat aux voies de recours. Dans le scénario (2), ce dialogue pourrait poser les fondements nécessaires pour parvenir à un accord sur les étapes suivantes à réaliser afin de compléter les mécanismes de réclamation judiciaires et non judiciaires existants, dans l'optique de mettre en œuvre le troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU. Dans le scénario (3), ce dialogue contribuerait à identifier les développements internationaux significatifs et à explorer les options envisageables pour leur mise en œuvre en Suisse (contraignant, non contraignant, etc.).

- (3) Dans un souci de cohérence entre les mécanismes non judiciaires relevant de l'État, il serait utile *d'unifier ou d'uniformiser davantage les procédures de ces mécanismes*. Dans le scénario (1), cette recommandation se résumerait à établir une cartographie des mécanismes existants, tels qu'exposés dans la présente étude. Dans le scénario (3), la cartographie serait d'abord précisée par une catégorisation selon les critères énoncés par le HCDH. L'étape suivante, dans ce scénario (3), consisterait à analyser si les tendances et développements internationaux nécessitent des adaptations. Dans le scénario (2), les résultats de la cartographie, de la catégorisation et de l'analyse des conclusions du HCDH sur les développements internationaux serviront de base pour le développement d'un cadre complet relatif à l'accès aux voies de recours non judiciaires en Suisse.
- (4) Au lieu d'harmoniser les règles des différentes voies de recours non judiciaires, une solution serait d'établir un *guichet unique* pour les plaintes, à partir duquel le plaignant serait dirigé vers le mécanisme le plus efficace pour son cas. Dans le scénario (3), la mise en œuvre de cette recommandation impliquerait de mettre en place un portail pour accéder aux mécanismes *existants*. En phase avec les développements internationaux, cette fonction d'orientation – et non de supervision – pourrait être confiée par exemple à une INDH suisse. Dans le scénario (2), la Suisse pourrait envisager de créer un nouvel organe ou d'attribuer à une institution existante la compétence de coordonner les procédures déjà en place. D'un point de vue juridique, l'introduction d'un dispositif d'orientation répondrait à un souci majeur : le manque de visibilité, pour les victimes, des mécanismes existants.
- (5) Sur le plan institutionnel, l'analyse comparative présentée dans cette étude fait apparaître que les *institutions nationales des droits de l'homme* et les *points de contact nationaux* constituent de toute évidence des plateformes susceptibles d'améliorer l'accès aux voies de recours. À ce stade, les INDH ne sont généralement pas investies d'un mandat d'enquête sur les différends relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises. Le renforcement du cadre institutionnel pour l'accès aux voies de recours en Suisse pourrait inclure, dans le scénario (2), la création d'une institution suisse des droits de l'homme fondée sur les Principes de Paris et chargée d'accorder réparation en cas de violation des droits de l'homme ; une telle mesure irait au-delà de ce que l'on peut actuellement considérer comme une tendance internationale. Dans le scénario (3), la Suisse pourrait envisager de renforcer son PCN en augmentant ses effectifs et en clarifiant le rôle des différents acteurs (p. ex. conseil consultatif). Cela permettrait au PCN de jouer un rôle plus actif, notamment dans la promotion des Principes directeurs de l'OCDE et partant, des Principes directeurs de l'ONU, et d'accroître ainsi sa visibilité et sa transparence.

(6) S'agissant des voies de recours judiciaires, le scénario (1) laisserait aux tribunaux le soin de clarifier la responsabilité pénale des entreprises domiciliées en Suisse, en ce qui concerne leurs actes commis à l'étranger, et aux plaignants le soin de sonder jusqu'où les tribunaux sont prêts à aller dans l'évaluation de la responsabilité civile des entreprises, notamment en ce qui concerne la charge de la preuve. Dans le scénario (3), une intervention législative permettrait de clarifier la notion de « manque d'organisation de l'entreprise » qui intervient dans la responsabilité pénale des entreprises, en s'inspirant éventuellement des exemples qui existent au Canada et aux Pays-Bas. En outre, comme prévu par la modification du CPC actuellement proposée, la Suisse pourrait mettre en place des mécanismes de recours collectifs, comme l'ont fait d'autres ordres juridiques européens. Ces mécanismes pourraient s'appliquer de manière générale ou s'adresser spécifiquement aux victimes d'atteintes aux droits de l'homme commises par des entreprises.

Dans le scénario (2), une mesure essentielle consisterait à imposer des obligations claires aux entreprises pour qu'elles contrôlent et atténuent les risques d'impact négatif de leurs activités à l'étranger (y compris celles de leurs filiales) sur les droits de l'homme (diligence raisonnable en matière de droits de l'homme). En parallèle, des dispositions en matière de responsabilité civile devraient préciser que si l'entreprise est en mesure de démontrer qu'elle a fait preuve, de manière appropriée, de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, elle est exonérée de toute responsabilité. La loi française adoptée en 2017 pourrait fournir un exemple pour une telle mesure. Une approche plus restrictive (quoiqu'assez éloignée de la pratique réglementaire suisse habituelle) consisterait à adopter une loi se limitant à une problématique spécifique (p. ex. le travail des enfants). Outre les changements à apporter dans le droit matériel, le scénario (2) pourrait également impliquer de réglementer le financement des litiges, au vu des restrictions existant actuellement en matière d'aide juridique.

(7) Le Fonds d'investissement suisse pour les marchés émergents (SIFEM) pourrait être invité à étudier les diverses possibilités de mettre en place ou de participer à des mécanismes permettant aux victimes de déposer directement des plaintes contre des projets de clients, en s'inspirant de l'expérience des IFD qui disposent déjà de tels mécanismes. Dans le scénario (2), le SIFEM pourrait explorer les possibilités de participer au mécanisme de réclamation établi conjointement par la FMO et la DEG dans le cadre de l'association EFDI¹.

Enfin, en ce qui concerne les scénarios (2) et (3), l'Assurance suisse contre les risques à l'exportation pourrait envisager de mettre à jour sa stratégie actuelle en matière de plaintes, de manière à prendre en compte les critères d'efficacité figurant au point 31 des Principes directeurs de l'ONU.

¹ Si l'on considère la diversité des membres de l'EFDI d'une part, et le concept novateur du mécanisme conjoint de réclamation d'autre part, la Suisse pourrait vraisemblablement se positionner entre le scénario (2) et le scénario (3).