

Les Minorités et le Droit Minorities and the Law

Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson
Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson

Édités par Andreas R. Ziegler et Julie Kuffer
Edited by Andreas R. Ziegler and Julie Kuffer

Les Minorités et le Droit Minorities and the Law

Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson
Liber Amicorum for Professor Barbara Wilson

Édités par Andreas R. Ziegler et Julie Kuffer
Edited by Andreas R. Ziegler and Julie Kuffer

Citation suggérée de l'ouvrage: ANDREAS R. ZIEGLER et JULIE KUFFER (éds), «Les Minorités et le Droit – Minorities and the Law», collection Recherches juridiques lausannoises, Genève / Zurich 2016, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8559-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2016

www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine SPRL,
Avenue Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47;
courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Sommaire - Summary

Préface – Foreword.....	IX
Barbara Wilson: Bibliographie – Bibliography	XI
D'un Point de Vue Général - From a General Perspective	1
Brèves observations sur l'affleurement de la protection des minorités en droit international	
GIOVANNI DISTEFANO	3
The Protection of Minorities at the Origins of the Notion of <i>Erga Omnes</i> Obligations	
TARCISIO GAZZINI	13
European Union Agency for Fundamental Rights and the protection of minorities	
SEBASTIAN HESELHAUS / ERIC WEISER.....	23
« Confusion and Conflict » Revisited	
FRANCESCO MAIANI	53
La Suisse, patrie des minorités	
SUZETTE SANDOZ	69
Compréhension préalable historico-sociale de la discrimination	
RAINER J. SCHWEIZER.....	79
La vulnérabilité de la personne étrangère à la lumière des droits de l'homme	
MINH SON NGUYEN	95
Ethnie, Culture et Mode de Vie - Ethnicity, Culture and Way of Life	109
The Effect of the Framework Convention for the Protection of National Minorities on the Position of the Swiss Yenish	
DORIS ANGST	111
The role of <i>kin-states</i> under the Framework Convention for the Protection of National Minorities	
RAINER HOFMANN	131
La minorité rom devant la Cour européenne des droits de l'homme	
GIORGIO MALINVERNI	145
Human Rights of Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex (LGBTI) Persons in Switzerland	
ANDREAS R. ZIEGLER	165

Territoire - Territory	175
Minorities and Territorial Integrity	
DENISE BRÜHL-MOSER.....	177
Entreprises multinationales et droits de l'homme	
NICOLAS BUENO	191
La protection des terres des peuples autochtones par la Cour et la Commission interaméricaines des droits de l'homme	
DANIEL RIETIKER.....	205
Organisation Judiciaire, Droit Civil et Administratif - Organisation of Justice, Civil and Administrative Law	225
La reconnaissance d'associations estudiantines par une université	
VINCENT MARTENET	227
La protection des associés minoritaires de l'art. 64 al. 3 du Code civil et sa transposition dans la propriété par étages	
DENIS PIOTET.....	237
La présence des minorités au sein des organes judiciaires	
ETIENNE POLTIER.....	247
Minorités Religieuses - Religious Minorities	263
La jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de liberté religieuse sous le prisme de l'accommodement raisonnable	
MAYA HERTIG RANDALL.....	265
Liberté de conscience et droit privé : l'introduction du mariage civil facultatif dans le canton de Vaud en 1835	
DENIS TAPPY.....	289
Le Handicap - Handicap	307
Handicap et CEDH: de quelques interactions (in)attendues...	
LUC GONIN	309
La Suisse et la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées	
MICHEL HOTTELIER	325
CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé ?	
PHILIPPE MEIER	337

Droit de l'Environnement - Environmental Law.....	363
La minorité agissante en droit de l'environnement	
ANNE-CHRISTINE FAVRE	365
Droits de l'homme et protection de l'environnement : plaidoyer pour davantage d'anthropocentrisme et d'humanité	
ALAIN PAPAUX	375
Minorities and multilateral environmental agreements	
JULIETTE VOINOV KOHLER.....	389

Entreprises multinationales et droits de l'homme

Une question de minorité et de majorité ?

NICOLAS BUENO*

Table des matières

Introduction	191
I. L'obligation de l'État de prévenir les violations commises par des entreprises multinationales	193
1. L'obligation territoriale	193
2. L'obligation extraterritoriale	195
II. Le devoir de diligence raisonnable de l'entreprise en matière de droits de l'homme.....	199
III. La mise en œuvre en droit suisse: développements récents.....	200
1. La responsabilité pénale de l'entreprise	201
2. La responsabilité civile de l'entreprise.....	201
3. L'initiative populaire pour des entreprises responsables.....	202
Conclusion.....	203

Introduction

Les habitants d'un village de la minorité sorabe d'Allemagne priés de se déplacer pour permettre l'extension d'une mine de lignite¹; les lamas du peuple autochtone aymara du Pérou décimés lors du contournement d'eaux souterraines², la construction d'une route sur les pâturages servant à l'élevage du renne de la minorité samie en Finlande³ ou l'inondation de pans entiers des rives peuplées de la rivière Xingu au Brésil pour la construction d'un barrage⁴. S'il est indéniable que ces activités et la construction d'infrastructures

* Docteur en droit, chercheur postdoctoral FNS à l'Université de Louvain et à la London School of Economics. Ancien conseiller juridique auprès du European Center for Constitutional and Human Rights (Berlin).

¹ Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), Noack et autres c. Allemagne (déc.), no 46346/99, CEDH 2000-VI du 25 mai 2000.

² Comité des droits de l'homme (Comité DH), Poma c. Pérou, no 1457/2006 du 27 mars 2009.

³ Comité DH, Näkkäläjärvi c. Finlande, no 779/1997, du 21 octobre 2001, UN Doc. CCPR/C/73/D/779/1997.

⁴ FIAN, Parallel Report on Austria's Extraterritorial State Obligations on Economic, Social and Cultural Rights to the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, août 2013, p. 37.

gènèrent emplois et retombées économiques, elles affectent aussi directement les droits des personnes alentour.

Dans les exemples précités, l'activité de l'entreprise affecte les droits de personnes appartenant à une minorité, le domaine de spécialité de la Professeuse Wilson, ou à un peuple autochtone. Le droit international leur confère alors une protection accrue en raison notamment de leur position de vulnérabilité dans le processus de prises de décisions publiques⁵. En vue de prévenir les violations de leurs droits, ces personnes ont, par exemple, le droit au consentement libre, préalable et éclairé⁶ ou du moins d'être consultées de manière effective sur les questions qui les concernent⁷. C'est la Professeuse Wilson qui m'a fait découvrir le droit des minorités et ses mécanismes de participation tout-à-fait spécifiques ; une véritable source d'inspiration pour résoudre tout problème dans lequel des rapports de force sont asymétriques.

Qu'en est-il lorsque les personnes affectées n'appartiennent pas à une minorité ou à un peuple autochtone, mais à une « simple » communauté rurale ou ne sont « que » des riverains ? Par exemple, une entreprise minière suisse est soupçonnée d'avoir contaminé l'eau des rivières utilisées par des communautés rurales lors de l'extraction de cuivre dans ses filiales au Pérou⁸ et au Congo⁹. Les personnes affectées doivent alors se contenter des garanties découlant des traités internationaux des droits de l'homme qui ne comprennent pas un droit au consentement libre, préalable et éclairé.

On peut toutefois se demander si, en pratique, toute personne directement affectée par l'activité d'une entreprise ne risque-t-elle pas de se retrouver systématiquement minoritaire sur la question de la protection de ses droits ? En effet, lorsqu'une entreprise promet investissements, création d'emplois et retombées d'impôts, il est difficile pour un État soutenu par la majorité non affectée de refuser l'activité, même si quelques-uns en pâtissent. Cela est

⁵ Au niveau universel, voir en particulier l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques. Au niveau européen, voir la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales. En ce qui concerne la protection des droits des personnes appartenant à un peuple autochtone, voir notamment la Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones.

⁶ Comité DH, *Poma c. Pérou*, no 1457/2006 du 27 mars 2009, par. 7.6. Voir aussi l'article 32 par. 2 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones.

⁷ Article 2.3 de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités ou article 15 de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales.

⁸ Conseil fédéral, Réponse du 08.06.2015 au postulat 15.5250 : « Pollution de l'eau au Pérou. Examiner la responsabilité de Glencore en toute impartialité ».

⁹ Peyer Chantal [et al.], *Réel progrès ou culture de l'image? La responsabilité d'entreprise de Glencore en République Démocratique du Congo*, Pain pour le prochain, Action de Carême et RAID, juin 2014, p. 31 ss.

d'autant plus vrai dans une économie globalisée ; un État a encore moins d'incitations à encadrer l'activité litigieuse d'une entreprise multinationale établie sur son territoire lorsqu'elle est réalisée à l'étranger, comme dans l'exemple de l'entreprise minière suisse. De cette manière, les personnes affectées par une activité économique se retrouvent facilement minoritaires face à ceux qui profitent, même dans une moindre mesure, d'une activité économique. C'est un problème de minorité et de majorité.

Le droit international des droits de l'homme l'a bien compris. Comme pour rééquilibrer les rapports de force entre les groupes minoritaires et majoritaires au sein d'un État, le droit international des droits de l'homme développe depuis une décennie de nouveaux mécanismes qui permettent aux personnes affectées par l'activité d'une entreprise de protéger et revendiquer leurs droits de manière plus équitable. C'est le but notamment des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme¹⁰, approuvés par le Conseil des droits de l'homme en juin 2011¹¹.

Dans ce contexte, cette contribution se concentre sur les mécanismes qui équilibrent les rapports de force entre personnes affectées et entreprises avant la survenance d'une violation des droits de l'homme. Elle présente, de manière non exhaustive, l'obligation territoriale et extraterritoriale des États (I) et le devoir de diligence des entreprises (II) de prévenir des violations. Elle se termine par la proposition de mise en œuvre en droit suisse, notamment au travers de l'initiative populaire sur la responsabilité des entreprises (III).

I. L'obligation de l'État de prévenir les violations commises par des entreprises multinationales

1. L'obligation territoriale

C'est bien connu, mieux vaut prévenir que guérir. Il est d'ailleurs établi en droit international des droits de l'homme que les États ont l'obligation de prendre des mesures positives pour protéger, sur leur territoire ou sous leur juridiction, les droits des personnes potentiellement affectées par l'activité d'une entreprise.

La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a ainsi jugé que lorsqu'une activité économique privée présente un risque pour la vie (art. 2 CEDH) ou la vie privée (art. 8 CEDH), l'État a l'obligation de mettre en

¹⁰ Conseil des droits de l'homme, 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, UN Doc. A/HRC/17/31, 21.03.2011.

¹¹ Conseil des droits de l'homme, Résolution 17/4, Les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, 16 juin 2011.

place une réglementation qui régit l'autorisation, la mise en place, l'exploitation, la sécurité et le contrôle de l'activité.¹² Quant aux Principes directeurs des Nations Unies, ils ne se limitent pas aux seuls droits à la vie et à la vie privée. Le principe no 3 recommande l'adoption et l'application de lois qui tendent à exiger des entreprises qu'elles respectent tous les droits de l'homme¹³.

Plus précisément, la Cour EDH ajoute que la réglementation doit imposer à toute personne concernée l'adoption de mesures d'ordre pratique propres à assurer la protection effective des individus¹⁴. Concrètement, elle a estimé dans *Öneryıldız c. Turquie* que les autorités n'avaient pas pris les mesures pratiques nécessaires pour prévenir l'explosion d'un site de stockage de déchets d'une entreprise privée, causant la mort de trente-neuf habitants¹⁵. Dans *Tatar c. Roumanie*, qui concerne le déversement d'un étang de décantation d'une mine d'or dans les rivières alentours, elle a estimé que les autorités avaient aussi failli à leur obligation d'évaluer au préalable les risques de l'activité minière et de prendre des mesures adéquates capables de protéger les droits des personnes concernées¹⁶.

Par ailleurs, pour prévenir la violation des droits de l'homme, la Cour EDH ajoute des garanties procédurales qui font intervenir les personnes affectées. Par exemple, elle a estimé qu'un État a l'obligation d'informer les riverains des risques pour leur santé que représente la production de fertilisants¹⁷, ou un étang de décantation d'une mine¹⁸. Elle juge par ailleurs que les États doivent consulter les personnes concernées lorsque l'activité économique peut porter atteinte à leurs droits, par exemple en vue de déplacer un village pour permettre l'exploitation d'une mine¹⁹ ou autoriser les vols civils de nuit autour d'un aéroport²⁰.

En pratique, cette garantie de consultation est limitée. Elle est accrue seulement lorsque l'activité économique affecte les droits culturels de personnes appartenant à une minorité nationale ou à un peuple autochtone. Le Comité

¹² Entre autres, Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], no 48939/99, par. 90, CEDH 2004-XII du 30.11.2004.

¹³ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 3 lit. a.

¹⁴ Entre autres, Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], no 48939/99, par. 90, CEDH 2004-XII du 30 novembre 2004 ; *Tatar c. Roumanie*, no 67021/01, par. 88, 27 janvier 2009.

¹⁵ Cour EDH, *Öneryıldız c. Turquie* [GC], no 48939/99, par. 109 et 110, CEDH 2004-XII du 30 novembre 2004.

¹⁶ Cour EDH, *Tatar c. Roumanie*, no 67021/01, par. 112, 27 janvier 2009.

¹⁷ Cour EDH, *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, par. 60, Recueil des arrêts et décisions 1998-I. Pour le détail, Augenstein Daniel, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights*, Avril 2011, p. 11.

¹⁸ Cour EDH, *Tatar c. Roumanie*, no 67021/01, par. 113-125, 27 janvier 2009.

¹⁹ Cour EDH, *Noack et autres c. Allemagne* (déc.), no 46346/99, CEDH 2000-VI du 25 mai 2000.

²⁰ Cour EDH, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], no 36022/97, par.128, CEDH 2003-VIII du 8 juillet 2003.

des droits de l'homme (Comité DH) a précisé qu'une simple consultation n'était alors plus suffisante. Dans *Poma c. Pérou*, la requérante était membre de la communauté aymara, une minorité ethnique dont l'une des caractéristiques culturelles est l'élevage du lama. À la suite de la déviation des eaux souterraines pour la construction de systèmes d'irrigation, les terres sur lesquelles la requérante pratiquait l'élevage se sont dégradées et ont conduit à la mort d'un millier de bêtes. Selon le Comité, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PDCP) requiert le droit au consentement libre, préalable et éclairé des membres de la communauté avant de prendre des mesures qui porteront atteinte à leurs activités à valeur culturelle²¹.

Comme mentionné ci-dessus, toute personne peut aisément devenir minoritaire sur la question de ses droits lorsqu'il s'agit d'autoriser une activité économique qui pourrait favoriser des emplois ou la retombée d'impôts. Toute personne, qu'elle appartienne à une minorité protégée en droit international ou non, et dont les droits de l'homme sont directement affectés, par exemple par l'extension d'une mine, la construction d'un barrage ou l'autorisation de fumigation de pesticides sur les champs de soja²², devrait avoir le droit au consentement libre, préalable et éclairé. Cela ne signifie pas nécessairement un droit au veto absolu, mais certainement le droit d'obtenir le compromis à la suite d'un processus délibératif qui tient compte de l'intérêt des parties minoritaires et majoritaires en présence et de la protection des droits de chacun, et, en l'absence d'une réelle collaboration entre les parties, de refuser.

2. L'obligation extraterritoriale

Dans une économie globalisée, non seulement l'État qui accueille une entreprise, mais aussi l'État sur lequel l'entreprise est implantée, notamment par le biais d'une société mère, peut profiter d'une activité économique qui viole les droits de l'homme. Les intérêts de la population de l'État dit « d'origine », c'est-à-dire sur lequel se trouve la société mère, viennent alors s'ajouter à ceux de l'État d'accueil, ce qui renforce le caractère minoritaire et marginalisé des intérêts des personnes directement affectées. Si ces États d'origine profitent de violations à l'étranger, se pose alors la question d'obligations extraterritoriales correspondantes.

²¹ Comité DH, *Poma c. Pérou*, no 1457/2006 du 27 mars 2009, par. 7.6. Ce droit avait déjà été reconnu au niveau régional au sein de l'OEA, dans *Cour IADH, Moiwana Village c. Suriname*, arrêt du 15 juin 2005, Série C, no 145. Voir aussi, Bueno Nicolas, *Le droit de prendre son destin en main : Le droit international de la démocratie et l'avenir des droits politiques*, Berne/Paris 2015, p. 377.

²² Voir par exemple l'affaire argentine: *Pressly Linda, Are pesticides linked to health problems in Argentina?*, BBC Magazine, 14 mai 2014 disponible sous <<http://www.bbc.com/news/magazine-27373134>>.

Au contraire de la jurisprudence des organes onusiens des droits de l'homme, il ne ressort pas clairement des Principes directeurs des Nations Unies que les États ont l'obligation de prévenir des violations des droits de l'homme commises par des entreprises à l'étranger. Au contraire, le Principe no 2, avance qu'« [a]u stade actuel²³, les États ne sont généralement pas tenus en vertu du droit international des droits de l'homme de réglementer les activités extraterritoriales des entreprises domiciliées sur leur territoire. »²⁴. Les États devraient néanmoins énoncer clairement qu'ils attendent de toutes les entreprises domiciliées sur leur territoire ou sous leur juridiction qu'elles respectent les droits de l'homme dans toutes leurs activités²⁵.

La seule obligation extraterritoriale clairement définie figure au Principe no 7. Elle concerne les activités économiques dans les zones touchées par des conflits. Dans ce cas,

« L'État « d'accueil » peut ne pas pouvoir bien protéger les droits de l'homme faute de moyens de contrôle efficaces. Si des sociétés transnationales sont en jeu, les États « d'origine » ont alors un rôle à jouer pour aider à la fois ces sociétés et les États d'accueil à assurer que les entreprises ne se rendent pas coupables d'atteintes aux droits de l'homme »²⁶.

Pourtant, les organes onusiens des droits de l'homme recommandent systématiquement aux États de s'assurer que les entreprises qui résident sur leur territoire respectent les droits de l'homme sur l'ensemble de leurs opérations²⁷; à commencer par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC), également bien connu de la Professeure Wilson. Dans son Observation générale no 15 sur le droit à l'eau, en 2002 déjà, le Comité avait recommandé aux États parties de prendre des mesures pour empêcher des compagnies qui relèvent de leur juridiction de violer le droit à l'eau de particuliers et de communautés dans d'autres pays²⁸. Il l'a répété pour le droit à la sécurité sociale²⁹ avant d'étendre l'obligation à l'ensemble des droits de l'homme. En effet, dans la Déclaration sur les obligations des États parties concernant le secteur des entreprises, il précise qu'en vertu de l'obligation de

²³ Les Principes directeurs des Nations Unies ont été rédigés en mars 2011.

²⁴ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 2, commentaire.

²⁵ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 2.

²⁶ Principes directeurs des Nations Unies, Principe 7, commentaire.

²⁷ Pour le détail, voir Bueno Nicolas, *Rechtsgutachten zum Menschenrechtsschutz bei Auslandsaktivitäten österreichischer Unternehmen*, in *Menschen.Rechte.Wirtschaft, Netzwerk Soziale Verantwortung*, Vienne 2014, p. 13-15.

²⁸ Comité DESC, Observation générale no 15 (2002), Le droit à l'eau (art. 11 et 12), UN Doc. E/C.12/2002/11, par. 33.

²⁹ Comité DESC, Observation générale no 19 (2008), Le droit à la sécurité sociale (art. 9), UN Doc. E/C.12/GC/19, par. 54.

protéger qui découle de l'article 2 paragraphe 1 du PDESC, les États parties devraient prendre des mesures de prévention des atteintes aux droits de l'homme commises à l'étranger par des sociétés dont le siège relève de leur juridiction³⁰. Du reste, c'est ce que recommandent également les Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels³¹.

Depuis, nombreux sont les organes qui interprètent les obligations générales des États découlant des traités onusiens des droits de l'homme comme impliquant pour les États d'origine l'obligation de protéger les droits contre des violations commises par des entreprises à l'étranger. C'est le cas du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes³², du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale³³ et du Comité des droits de l'homme³⁴. Dernièrement, le Comité des droits de l'enfant a aussi consacré son Observation générale no 16 aux obligations des États concernant les incidences du secteur des entreprises. Il a ainsi enfoncé le clou en relevant que les États d'origine ont l'obligation de protéger les droits de l'enfant dans le contexte des activités et des opérations extraterritoriales des entreprises³⁵. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme est à la traîne. Elle ne s'est pas encore exprimée sur l'obligation de l'État d'origine de protéger les droits

³⁰ Comité DESC, Déclaration sur les obligations des États parties concernant le secteur des entreprises et les droits économiques, sociaux et culturels, 12 juillet 2011, UN Doc. E/C.12/2011/1, par. 5.

³¹ Consortium ETO, Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales des États dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels, septembre 2011, Principes no 25 lit. c. Voir aussi De Schutter Olivier, Eide Asbjørn, Khalfan Ashfaq, Orellana Marcos, Salomon Margot and Seiderman Ian, Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights (2012) 34 Human Rights Quarterly (4), p. 1139 ss.

³² Recommandation générale no 28 concernant les obligations fondamentales des États parties découlant de l'article 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 16 décembre 2010, UN Doc. CEDAW/C//GC/28, par. 36 in fine ; Recommandation générale no 30 sur les femmes dans la prévention des conflits, les conflits et les situations d'après conflit, 1^{er} novembre 2013, UN Doc. CEDAW/C/30, par. 10-13.

³³ Par ordre chronologique : Observations finales, États-Unis d'Amérique, UN Doc. CERD/C/USA/CO/6, 8 mai 2008, par. 30 ; Australie, UN Doc CERD/C/AUS/CO/15-17, 13 septembre 2010, par. 13 ; Norvège, UN Doc CERD/C/NOR/CO/19-20, 8 avril 2011, par. 17 ; Royaume-Uni, UN Doc CERD/C/GBR/CO/18-20, 14 septembre 2011, par. 29 ; Canada, UN Doc CERD/C/CAN/CO/19-20, 9 mars 2012, par. 14 ; États-Unis d'Amérique, UN Doc. CERD/C/USA/CO 7-9, 25 septembre 2014, par. 10.

³⁴ Comité DH, Observations finales, Allemagne, UN Doc, CCPR/C/DEU/CO/62, 30 octobre 2012, par. 16.

³⁵ Observation générale no 16 (2013) sur les obligations des États concernant les incidences du secteur des entreprises sur les droits de l'enfant, UN Doc. CRC/C/GC/16, 17 avril 2013, par. 43.

consacrés par la Convention contre des atteintes commises par une entreprise dans un autre État³⁶.

Concrètement, il n'est pas toujours aisé d'imaginer à quoi ressemble l'obligation de l'État d'origine de prévenir une atteinte à l'étranger. Le principe no 7 des Principes directeur des Nations Unies précise, par exemple, que les États d'origine doivent établir des relations avec les entreprises pour les aider à identifier et prévenir les risques. Ils devraient ainsi favoriser une coopération étroite entre leurs organismes d'aide au développement, les ministères des affaires étrangères et du commerce et les institutions de financement des exportations dans leurs capitales et au sein de leurs ambassades, et entre ces organismes et les acteurs du gouvernement de l'État d'accueil ; élaborer des indicateurs d'alerte pour signaler les problèmes aux organismes publics et aux entreprises ; et tirer les conséquences qui s'imposent du refus de coopérer des entreprises dans ces contextes, notamment en refusant ou en retirant le soutien ou les services publics existants³⁷.

Un cas d'application récent, hors d'une zone de conflit, a concerné une gigantesque entreprise minière suisse. Alerté par les soupçons de contamination de l'eau aux métaux lourds aux alentours d'un complexe minier suisse dans la région de Cusco au Pérou, le Conseil fédéral s'est dit ouvert à collaborer avec les autorités péruviennes, les Nations Unies et les communautés affectées, pour déterminer l'origine de la contamination³⁸. À noter que les autorités suisses n'ont réagi qu'après que les personnes affectées par la contamination ont déposé une plainte pour revendiquer leur droit à l'eau auprès du Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'eau et du Groupe de travail des Nations Unies sur la question des droits de l'homme et des entreprises multinationales³⁹. Néanmoins, et de manière intéressante, la Suisse a ainsi reconnu son obligation extraterritoriale de prévenir que ses entreprises violent le droit à l'eau des communautés rurales au Pérou.

La reconnaissance des obligations de l'État d'origine est tout-à-fait nécessaire pour rééquilibrer les rapports de force entre les personnes affectées, minoritaires sur la question de la protection de leurs droits, et les entreprises et personnes dans l'État d'origine qui, parfois même sans le savoir, profitent d'éventuelles violations des droits de l'homme. On peut espérer que la Cour EDH comble ses lacunes en la matière et trouve des solutions équilibrées, afin

³⁶ Augenstein Daniel, *State Responsibilities to Regulate and Adjudicate Corporate Activities under the European Convention on Human Rights*, Londres 2011, p. 30 ss.

³⁷ Principes directeurs des Nations Unies, Principe no 7, commentaire.

³⁸ Conseil fédéral, Réponse du 08.06.2015 au postulat 15.5250 : Pollution de l'eau au Pérou. Examiner la responsabilité de Glencore en toute impartialité, disponible sous : <http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20155250>.

³⁹ Pour le résumé de la plainte, voir ECCHR, *UN Complaint against Glencore, Peru and Switzerland*, disponible sous <http://www.ecchr.eu/en/our_work/business-and-human-rights/glencore.html>.

de s'aligner sur la pratique récente, mais constante, de ses homologues onusiens.

II. Le devoir de diligence raisonnable de l'entreprise en matière de droits de l'homme

Un acteur principal, ne l'oublions pas, est l'entreprise. Face aux personnes affectées, elle n'a pas une position quantitativement majoritaire à proprement parler. Sous la pression de la concurrence ou la perspective de réaliser des profits, il peut toutefois être tentant pour une entreprise de faire valoir sa puissance financière pour passer outre les intérêts de la population alentour. Pour prévenir les dérapages et ajuster le déséquilibre, le droit international des droits de l'homme a développé l'idée du devoir de diligence des entreprises. Pour l'heure, ce devoir ne ressort d'aucun traité international des droits de l'homme qui, jusqu'à nouvel ordre, ne lie juridiquement que les États. À noter toutefois que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels rédige un projet d'observation générale sur le droit à des conditions de travail justes et équitables qui clarifie les obligations incombant aux entreprises. Le projet avance que les entreprises ont notamment l'obligation de respecter la loi, en évitant toute infraction et en prenant des mesures contre toute atteinte au droit des travailleurs de jouir de conditions de travail justes et favorables qui résulterait de leurs actions⁴⁰.

Quoi qu'il en soit, le devoir de diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme figure aux principes 17 à 21 des Principes directeurs des Nations Unies et aux principes généraux A.10 à A.12 des Principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE⁴¹. Pour éviter qu'une entreprise n'impose ses vues aux riverains et prévenir ainsi les violations des droits de l'homme avant qu'elles ne surviennent, les entreprises sont tenues de procéder en quatre étapes⁴².

⁴⁰ Comité DESC, Droit à des conditions de travail justes et favorables (art. 7), Projet d'observation générale établi par Virginia Bras Gomes et Renato Ribeiro Leão, Rapporteurs, 20 janvier 2015, UN Doc. A/C.12/54/R.2, par. 73 ss. Le Comité avait déjà procédé de la sorte dans son observation no 18 (2006) sur le droit au travail (art. 6), par. 52 ss. Sur la question des obligations des entreprises de respecter les droits économiques et sociaux, voir en particulier : De Schutter Olivier, *Corporations and Economic, Social, and Cultural Rights*, in : Riedel Eibe, Giacca Gilles et Golay Christophe (éds.), *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law : Contemporary Issues and Challenges*, Oxford 2014, p. 193-225.

⁴¹ OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, édition 2011.

⁴² Sur la question du devoir de diligence, voir Bueno Nicolas/Scheidt Sophie, *Die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechten bei Auslandsaktivitäten*, Vienne 2015.

Tout d'abord, l'entreprise doit évaluer les risques avant de lancer un projet, mais aussi de manière continue. Les entreprises doivent notamment s'efforcer de comprendre les préoccupations des parties prenantes susceptibles d'être concernées en les consultant directement⁴³. Ensuite, l'entreprise doit intégrer les résultats de l'analyse des risques dans son processus de prise de décisions interne⁴⁴. Cela implique une répartition claire des responsabilités au sein de l'entreprise pour l'ensemble des opérations nationales et internationales d'une entreprise ou d'un groupe d'entreprises. Troisièmement, l'entreprise doit prendre les mesures de prévention nécessaires⁴⁵ avant de les évaluer, par exemple en recueillant l'avis des personnes concernées⁴⁶, et communiquer de manière externe sur les mesures adoptées⁴⁷.

Le devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme oblige ainsi l'entreprise à tenir compte de l'intérêt des personnes qui seront directement affectées par une activité économique. Elle rééquilibre les rapports de force entre l'entreprise et les personnes qui subissent l'activité. La question reste évidemment de savoir comment ce devoir est mis en œuvre pour assurer son effectivité. La Suisse, comme d'autres États, s'est saisie de la question.

III. La mise en œuvre en droit suisse : développements récents

La possibilité d'accéder à la justice est un mécanisme tant préventif que répressif. L'accès à la justice pour les personnes affectées équilibre aussi les forces en présence dans leur rapport avec l'entreprise et les personnes qui profitent de l'activité économique. La Suisse dispose de mécanismes tant en droit pénal qu'en droit civil pour sanctionner les abus. Ceux-ci semblent être insuffisants. C'est pourquoi une initiative populaire sur la responsabilité des entreprises a été lancée.

⁴³ Principe des Nations Unies no 18, commentaire. Voir également, Nations Unies, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme : Guide interprétatif, 2012, UN Doc. HR/PUB/12/02, Question no 42 (par la suite, Nations Unies, Guide interprétatif) ; Principe no A.10 de l'OCDE.

⁴⁴ Principe des Nations Unies no 19 ; Nations Unies, Guide interprétatif, Question no 43-44.

⁴⁵ Principe des Nations Unies no 19 lit. b ; Nations Unies, Guide interprétatif, Question no 46 ; Principe A.11 OCDE.

⁴⁶ Principe des Nations Unies no 20 lit. b ; Nations Unies, Guide interprétatif, Question no 52.

⁴⁷ Principe des Nations Unies no 21 ; Nations Unies, Guide interprétatif, Question no 58. Principe A.10 OCDE in fine.

1. La responsabilité pénale de l'entreprise

En droit pénal suisse, l'article 102 CP établit la responsabilité pénale de l'entreprise. La responsabilité pénale de l'entreprise est dite primaire pour une liste limitée d'infractions prévues à l'article 102 al. 2 CP, notamment économiques, tels que le blanchiment d'argent ou la corruption. Pour le reste, la responsabilité est subsidiaire. Cela signifie que l'entreprise n'est responsable que de son manque d'organisation, si en raison de ce manque, il n'est pas possible d'imputer un crime ou un délit à une personne déterminée au sein de l'entreprise. L'avantage de l'article 102 CP est qu'il s'applique à toute entreprise dont le manque d'organisation se localise en Suisse, même si le résultat se produit à l'étranger⁴⁸. Cette approche n'a pas soulevé de questions particulières pour le Tribunal fédéral dans l'affaire de l'assassinat d'un syndicaliste employé par une filiale en Colombie d'une entreprise agroalimentaire suisse⁴⁹.

Par contre, la portée de l'article 102 CP est trop limitée et son application pratique problématique. Prenons l'exemple du délit de contamination d'eau potable de l'article 234 CP. Celui-ci ne figure pas dans la liste des infractions de l'article 102 al. 2 CP. Si une entreprise minière qui agit depuis la Suisse contamine les rivières de communautés à l'étranger, elle ne pourra pas être tenue responsable de la contamination de l'eau. Tout au plus, elle pourrait être responsable de son manque d'organisation, en vertu de l'article 102 al. 1 CP, si les autorités pénales ne parviennent pas à imputer l'infraction à une personne physique responsable au sein de l'entreprise. Au final, personne n'est donc responsable de la contamination, même si le fait est établi.

2. La responsabilité civile de l'entreprise

Les personnes affectées peuvent se tourner vers le droit de la responsabilité civile en cas de dommage. Même si le dommage survient à l'étranger, elles ont, en théorie, la possibilité de poursuivre l'entreprise défenderesse en Suisse, si celle-ci a son siège en Suisse⁵⁰. Si l'entreprise suisse agit au travers de ses filiales étrangères, les filiales ne pourront en revanche pas être poursuivies en Suisse⁵¹. À l'heure actuelle, l'issue d'un procès menant à établir la responsabilité civile d'une société mère qui a son siège en Suisse pour le

⁴⁸ Dyens Alexandre, *Territorialité et ubiquité en droit pénal international suisse*, Bâle 2014, p. 413.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral, 6B_7/2014 du 21 juillet 2014.

⁵⁰ Pour les dispositions légales pertinentes: Geisser Gregor, *Ausservertragliche Haftung privater Unternehmen für « Menschenrechtsverletzung » bei internationalen Sachverhalten: Möglichkeiten und Grenzen der schweizerischen Zivilgerichtsbarkeit im Verhältnis von Völkerrecht und Internationalem Privatrecht*, Zürich 2013, p. 206-207 et 245.

⁵¹ Ibid., p. 247.

dommage causé par ses filiales qu'elle gère à l'étranger est très incertaine⁵². Reprenons l'exemple de la contamination de l'eau de l'entreprise minière qui agit par l'intermédiaire de filiales à l'étranger. À supposer que le droit suisse s'applique, les articles 41 CO ou éventuellement 55 CO qui fonde la responsabilité de l'employeur pour le fait d'un auxiliaire, ne sont pas suffisamment précis pour prévoir la diligence requise par une société mère dans la gestion de ses filiales. C'est pourquoi une initiative a été lancée en Suisse pour combler cette lacune.

3. L'initiative populaire pour des entreprises responsables

Quelque 60 organisations non gouvernementales suisses ont lancé l'initiative populaire : « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », actuellement ouverte à signature.⁵³ L'initiative prévoit que les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme et qu'elles doivent veiller à ce que ces droits soient respectés par les entreprises qu'elles contrôlent. Elle propose d'introduire un devoir de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme qui reflète les Principes directeurs des Nations Unies⁵⁴. Enfin, les entreprises sont responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent, sauf si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence requise pour prévenir le dommage. Dans l'ensemble, l'initiative, bien que technique, est bien équilibrée et adaptée aux réalités d'activités économiques mondiales. La France, par exemple, a récemment adopté une loi similaire en première lecture⁵⁵.

L'accès à la justice permet d'ajuster le déséquilibre des rapports de force entre les personnes directement affectées et l'entreprise. C'est en effet aux tribunaux que revient la fine tâche de balancer les intérêts en présence dans un cas d'espèce : ceux minoritaires des communautés affectées d'une part, ceux de l'entreprise et des personnes qui profitent directement ou indirectement de l'activité économique d'autre part. Mais avant tout, ce devrait être au législateur d'édicter des lois claires et raisonnées en la matière afin de faciliter la tâche du juge et des autorités de poursuite pénales.

⁵² Pour une analyse comparée en droit allemand, autrichien et suisse: Bueno Nicolas, *Die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf die Einhaltung von Menschenrechten bei Auslandsaktivitäten, Netzwerk Soziale Verantwortung*, Vienne 2015.

⁵³ Pour le texte complet sur le site de l'Administration fédérale : <https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis462t.html>.

⁵⁴ Voir la proposition d'article 101a al. 2 ch. 2 Cst.

⁵⁵ (FR) Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, adoptée en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 30 mars 2015.

Conclusion

Pas facile de trouver la solution lorsqu'une minorité revendique ses droits, son droit à l'eau potable, ou à un environnement sain, affectés par une activité qui crée des emplois et profite parfois à une majorité. Hormis la question de savoir qui profite réellement de l'activité litigieuse, dans quelle mesure et comment sont distribués les profits, la réponse est davantage politique et économique que juridique. En pratique, seule une petite poignée d'entreprises ne respecte pas les règles du jeu. La Suisse risque-t-elle réellement pour son économie ? Ne risque-t-elle pas davantage pour son image ? Aux économistes et politiciens d'apporter une réponse raisonnée. Qu'en est-il de l'immense majorité des entreprises ; n'auraient-elles pas aussi intérêt à ce que les standards qu'elles respectent déjà soient plus strictement contrôlés ? Et l'intérêt général à une économie mondiale humaine : ne doit-il pas aussi peser dans la balance ?

Activités commerciales d'entreprises multinationales et droits de l'homme : le droit international des droits de l'homme a lancé un débat épineux, mais néanmoins fondamental pour éviter que les personnes affectées ne se retrouvent systématiquement minoritaires sur la question de la protection de leurs droits.