



## Résumé exécutif

# Etude juridique

## « Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses » par François Membrez<sup>1</sup>, avocat, Genève 2012.

Comment peut-on obliger les multinationales à respecter les droits humains et les standards environnementaux partout dans le monde ? L'expérience a montré que l'autorégulation ne suffit pas à garantir la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE). Il convient donc de corriger ce déficit par des règles juridiquement contraignantes. La Suisse, berceau des droits humains et siège de nombreuses multinationales, peut jouer un rôle pionnier dans ce domaine.

Dans le débat sur les réglementations légales possibles, deux questions principales sont à résoudre :

- Comment amener les entreprises dont le siège se trouve en Suisse à devoir répondre des violations des droits humains et des atteintes à l'environnement liées à leurs activités à l'étranger, via notamment leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs ?
- Comment permettre aux victimes de ces violations d'avoir accès aux tribunaux suisses et d'obtenir justice en toute équité selon le droit suisse – et pas seulement selon le droit de leur pays, qui peut être défavorable ?

La campagne « Droit sans frontières » a donné mandat à l'avocat François Membrez (Genève) d'analyser le droit suisse à la lumière de ces questions et de faire des propositions concrètes pour combler les lacunes.

Sa conclusion générale est claire : la législation suisse ne contient pas de disposition qui oblige les entreprises et leurs dirigeants à faire respecter les droits humains et les normes environnementales dans leurs activités à l'étranger. Elle ne permet pas de rendre une maison mère responsable des atteintes aux droits humains et à l'environnement commises par ses filiales, sous-traitants et fournisseurs. Elle n'offre pas non plus de possibilité pour les victimes d'obtenir efficacement réparation. Des modifications légales sont donc nécessaires afin de remédier à ces manques.

Voici le résumé des principaux résultats et des recommandations de cette étude.

### 1. Droits fondamentaux et entreprises

Les droits humains font partie des droits fondamentaux universels et inaliénables de toute personne. En Suisse, les droits fondamentaux sont garantis par plusieurs conventions internationales (Pactes de l'ONU, Convention européenne des droits de l'homme) ainsi que par la Constitution fédérale et les constitutions cantonales. Ils sont protégés par l'Etat et dirigés contre l'Etat.

---

<sup>1</sup> Mandat de la campagne « Droit sans frontières », achevé en février 2012, avec la collaboration de Mes Emilie CONTI et Franco SACCONI.

Toutefois, l'article 35 de la Constitution fédérale – introduit lors de la révision totale en 1999 – précise que les « droits fondamentaux devraient aussi se refléter dans les règles juridiques qui déterminent les rapports entre les particuliers ». Cet alinéa 3 résulte du constat que les droits fondamentaux sont souvent menacés non seulement par des actes étatiques, mais aussi par les comportements de personnes – physiques et morales – qui occupent une position de pouvoir, telles les grandes entreprises.

Il ressort deux choses de ce nouvel article constitutionnel. D'une part, les entreprises sont reconnues comme des auteurs potentiels de violations des droits humains. D'autre part, le constituant fédéral (le peuple et les cantons) a donné aux autorités le mandat de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers, notamment entre entreprises et individus. Ce mandat correspond *de facto* à deux des trois piliers du cadre général (« Protéger, respecter et réparer ») défini par John Ruggie, l'ancien Représentant spécial des Nations Unies pour les questions de droits humains et entreprises : l'obligation des Etats de protéger les populations contre les violations des droits humains commises par des tiers (y compris les entreprises) et la nécessité d'un meilleur accès à des mesures de réparation pour les victimes. Or, force est de constater que ce mandat n'a pas encore été réalisé à ce jour.

Les modifications légales proposées dans cette étude constituent, en ce sens, des propositions pour que le législateur suisse remplisse le mandat inscrit dans la Constitution. Elles sont également un moyen pour la Suisse de mettre en œuvre le cadre de référence et les Principes directeurs élaborés par John Ruggie et adoptés par le Conseil des droits de l'homme en 2011.

## **2. Responsabilité des sociétés mères pour les actes de leurs filiales et fournisseurs**

### **2.1. Droit civil**

Le droit civil régit les rapports privés entre les personnes. Il permet aux lésés d'obtenir réparation pour les dommages causés par des personnes physiques ou morales. En droit civil suisse, la mise en œuvre d'une responsabilité des entreprises pour les atteintes aux droits humains et à l'environnement se heurte à plusieurs obstacles :

1. Dans son cadre de référence « Protéger, respecter, réparer », John Ruggie indique que les entreprises – c'est son deuxième pilier – ont la responsabilité de respecter tous les droits humains, partout dans le monde. Elles sont appelées, pour cela, à mettre en place des processus de diligence raisonnable, qui s'étendent à toute la chaîne de valeur ajoutée, y compris les sous-traitants et fournisseurs. Or, aujourd'hui, selon le droit suisse, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme n'ont aucune obligation de faire respecter les droits humains et l'environnement dans le cadre de leurs activités. Leur devoir de diligence ne les oblige qu'à sauvegarder fidèlement les intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO).
2. Une société répond des actes illicites<sup>2</sup> commis par ses dirigeants ou par les personnes habilitées à la représenter dans le cadre de leurs activités, en Suisse et à l'étranger (art. 55 CC et art. 722 CO). Les personnes lésées peuvent donc s'en prendre directement à la société et lui réclamer des dommages-intérêts. Cependant, dans un groupe de sociétés, le principe qui prévaut est la séparation entre la maison mère et sa filiale (*corporate veil*) : chacune de ces personnes morales est une entité juridique propre et a une responsabilité limitée. La maison mère n'aura donc pas à répondre des actes illicites commis par une filiale (même à 100 %), ni de ceux d'un sous-traitant ou fournisseur dont elle a le contrôle. La situation est la même en cas de violations contractuelles.

---

<sup>2</sup> Le droit suisse considère comme acte illicite la création d'un état de fait dangereux, l'atteinte à un droit absolu d'une personne et la violation d'une norme de comportement – écrite ou non écrite, de droit privé, public ou pénal. Les violations des droits humains correspondent juridiquement le plus souvent à des actes illicites.

La filiale, le sous-traitant et le fournisseur sont seuls responsables. Les exceptions (abus de droit, responsabilité fondée sur la confiance) à cette règle de la dualité juridique sont rares et font l'objet d'une interprétation très restrictive du Tribunal fédéral. En d'autres termes, le droit suisse ne donne pas aux victimes la possibilité de réclamer réparation à la maison mère si l'on se trouve dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Il convient donc de compléter la loi par deux dispositions dans le but que :

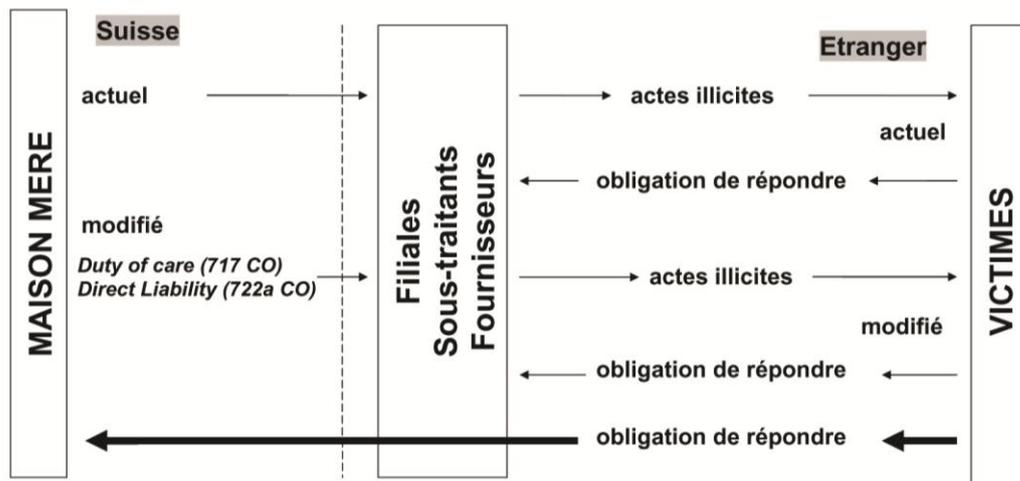
- les membres du conseil d'administration doivent prendre les mesures nécessaires afin de veiller au respect des droits humains et de l'environnement par la société, y compris par les filiales, les sous-traitants et les fournisseurs (*duty of care* ; ajout d'un 3e alinéa à l'art. 717 CO) ;
- la maison mère répond solidairement des actes illicites et des engagements contractuels de toutes les sociétés du groupe ainsi que des actes illicites et des engagements contractuels de ses sous-traitants et fournisseurs (*direct liability* ; nouvel art. 722a CO).

Afin de mettre en œuvre la responsabilité solidaire de la maison mère (domiciliée en Suisse) pour les actes commis par sa filiale (à l'étranger), il faut également prévoir l'application du droit suisse. Ce n'est pas le cas actuellement. En effet, quand une société est en cause, le droit applicable est déterminé par le lieu de son incorporation. Concrètement, dans un litige impliquant un groupe de sociétés, le principe qui prévaut est celui de la dualité juridique entre la société-mère et sa filiale à l'étranger : le droit applicable est donc celui de l'Etat dans lequel la filiale a son siège, indépendamment de savoir si c'est elle ou la société mère qui est traduite en justice.

Etant donné la responsabilité solidaire qui serait introduite en droit suisse, il convient de proposer une modification légale afin de :

- permettre l'application du droit suisse dans le cas d'une plainte envers une maison mère domiciliée en Suisse pour les actes illicites et les engagements contractuels de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs (ajout d'une lettre j à l'art. 155 LDIP).

### Responsabilité des maisons mères - Droit civil



## **2.2. Droit pénal**

Le droit pénal couvre l'ensemble des règles de droit organisant – au moyen de peines – la répression des atteintes à l'ordre social et des comportements considérés comme des crimes, des délits et des contraventions. L'une des caractéristiques du droit pénal suisse – à l'inverse du droit pénal français, par exemple – est qu'il s'applique seulement aux personnes physiques. Une personne morale (société) ne peut en principe pas être rendue responsable d'infractions pénales.

Il existe cependant une disposition qui fait exception à cette règle et qui s'applique non seulement aux individus, mais également aux entreprises. Il s'agit de l'article 102. Il prévoit deux choses. D'une part, la punissabilité exclusive de l'entreprise quand – par manque d'organisation – il n'est pas possible de déterminer quelle personne physique est responsable d'un crime ou délit commis en son sein. D'autre part, la punissabilité conjointe de la société et de la personne physique pour un certain nombre de délits économiques : participation à une organisation criminelle, financement du terrorisme, blanchiment d'argent, formes diverses de corruption. L'entreprise en tant que telle peut faire l'objet d'une poursuite pénale si elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher de telles infractions.

Selon la doctrine, cet article 102 suffirait à imputer à la société-mère les infractions commises au sein de ses succursales et des filiales de son groupe. Ses possibilités d'usage sont cependant très restreintes. D'abord, le montant maximal (5 millions de francs) de l'amende encourue par l'entreprise incriminée est inférieur aux sanctions prévues à l'étranger et trop bas pour avoir un effet dissuasif, en particulier sur les sociétés transnationales. Ensuite, l'article ne vise qu'un nombre restreint d'infractions qui ne couvrent pas les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement. De fait, étant donné également les obstacles de procédure, les condamnations sur cette base ont jusqu'ici été extrêmement rares. C'est le cas, par exemple, de l'entreprise Alstom Network Suisse pour la corruption d'agents publics étrangers (novembre 2011). C'est pourquoi, il conviendrait :

- De relever de 5 à 50 millions de francs le montant maximal de l'amende (modification de l'al. 1) ;
- d'étendre la liste des infractions pouvant faire l'objet d'une poursuite pénale contre une entreprise, en intégrant les génocides et crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui, les homicides, meurtres ou assassinats, les lésions corporelles graves, simples et par négligence, les dommages à la propriété, la contamination de l'eau potable (ajout d'un 3<sup>e</sup> alinéa à l'art. 102 CP, les actuels alinéas 3 et 4 devenant 4 et 5).

## **3. Compétence des tribunaux**

### **3.1. Droit civil**

La Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) régit la compétence des autorités judiciaires en l'absence de traités internationaux. Elle règle la détermination du pays dans lequel un litige peut être jugé (for judiciaire) et celle du droit applicable lorsqu'un acte illicite a été commis hors des frontières suisses (extraterritorialité). Cette double question est essentielle pour deux raisons. D'abord, nombre d'activités des entreprises suisses ont été délocalisées à l'étranger. Or, c'est dans les pays en développement ou à faible gouvernance que sont commises les violations des droits humains et de l'environnement les plus graves et les plus fréquentes. Il est donc essentiel que les autorités judiciaires puissent se prononcer sur ces violations lorsque des sociétés helvétiques sont impliquées, directement ou à travers leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Ensuite, selon les pays en question, le droit local – notamment en matière de réparation – peut être défavorable aux victimes. Il est donc important que le droit suisse puisse s'appliquer en cas de litige touchant les droits humains et l'environnement.

Deux questions principales se posent ici :

1. *Une plainte peut-elle être déposée auprès des tribunaux suisses contre une entreprise ayant son siège en Suisse, si l'acte illicite a été commis à l'étranger ?* La réponse est oui, pour autant que l'auteur ne soit pas une filiale à l'étranger, mais bien une société domiciliée en Suisse. La Suisse, en effet, ne connaît pas le principe du *forum non conveniens*, institution propre au droit anglo-saxon et aux Etats de *common law*. Cela signifie que le juge suisse n'a pas le pouvoir de se dessaisir d'une affaire ou de renoncer à exercer sa compétence simplement parce que le litige a eu lieu à l'étranger ou parce que le plaignant peut porter l'affaire devant un tribunal compétent à l'étranger.
2. *Quel est le domicile d'une société ?* Cette question n'est pas anodine : du fait des structures complexes des holdings qui installent leur siège statutaire dans des paradis fiscaux, il est devenu souvent difficile d'établir le domicile d'une société. La législation suisse (Loi sur le droit international privé et Code de procédure civile) continue à définir celui-ci au siège juridique de la société. Elle n'a pas été harmonisée avec la Convention de Lugano. Révisé en 2007 et entré en vigueur le 1er janvier 2011, ce traité international – dont la Suisse est partie – stipule que les sociétés et personnes morales sont domiciliées non seulement là où se trouve leur siège statutaire, mais aussi leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 60, al. 1). Les tribunaux suisses devraient donc s'estimer compétents non seulement si la société assignée a son siège en Suisse, mais aussi son centre de décision ou son activité essentielle. Cette compétence – du fait que la maison mère et sa filiale sont deux entités juridiques séparées – ne couvre pas les agissements des filiales à l'étranger, sauf si l'on peut démontrer qu'elles sont administrées en Suisse.

Cette situation, très insatisfaisante, exige plusieurs modifications légales, afin de :

- harmoniser avec la Convention de Lugano la notion de domicile des personnes morales (sociétés et trusts) telle qu'elle est définie dans la Loi sur le droit international privé (art. 21) et dans le Code de procédure civile (art. 10, al. 1, lettre b) ;
- rendre les tribunaux suisses compétents pour juger les actes illicites commis par toute société du groupe – même sise hors de Suisse – dont la maison mère est domiciliée en Suisse (ajout d'un 3e alinéa à l'art. 129 LDIP) ;

### **3.2. Droit pénal**

La responsabilité pénale de la maison mère peut-elle être engagée, en Suisse, pour des actes commis au sein de ses succursales ou filiales à l'étranger ? Le principe qui prévaut est celui de la territorialité : le Code pénal est applicable à toute personne physique qui commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3). Il est également applicable si la victime est suisse ou réside en Suisse.

Le code pénal s'applique aussi aux crimes et délits perpétrés à l'étranger et poursuivis en vertu d'un accord international, à condition que l'acte soit également réprimé dans l'Etat où il a été commis et que l'auteur se trouve en Suisse (art. 6). De plus, il existe une compétence universelle pour les actes de génocide et de crime contre l'humanité ainsi que pour les crimes de guerre. Cette disposition permet aux autorités suisses de poursuivre pénalement leur auteur en cas de présence en Suisse, sauf exceptions à l'instar de l'extradition vers un tribunal international comme la Cour pénale internationale. Si une entreprise ayant son siège, son administration ou ses activités principales en Suisse se révèle être complice de tels actes commis à l'étranger, ses dirigeants pourront être poursuivis en Suisse s'ils sont identifiés, ou à défaut l'entreprise elle-même.

## 4. Accès des victimes à la justice

La question de l'accès des victimes à la justice touche aux règles de procédure. Le droit suisse, ici aussi, est très restrictif.

### 4.1. Code de procédure civile

En procédure civile, les victimes subissant un dommage analogue causé par une même entreprise ne bénéficient pas de la possibilité de déposer une demande collective. Le Conseil fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises contre l'introduction dans le droit suisse d'une plainte collective. Raisons ? Les expériences selon lui négatives avec les actions de groupe (*class actions*) à l'américaine, la crainte d'abus et de problèmes d'organisation liés à la complexité de la procédure. Dans son *Message* relatif au code de procédure civil suisse (2006), il estimait également que les instruments classiques à disposition suffisaient. Cette position frileuse a été critiquée en doctrine. Récemment, le cas UBS a révélé les lacunes importantes – reconnues par le Conseil fédéral – dans la protection juridique des plaignants en Suisse. Il est désormais incontestable que le droit suisse de procédure civile est insuffisant en matière de protection collective.

Par ailleurs, le droit suisse ne connaît pas la procédure de « discovery ». Concrètement, la loi n'oblige pas une entreprise à fournir des informations ou à produire des pièces qui pourraient être utiles à la solution d'un litige. Un individu plaidant contre une entreprise sera dès lors obligé de prouver la culpabilité de l'entreprise sans avoir accès aux documents-clés. Les armes ne sont donc pas égales. Le juge n'aura que peu de possibilités de rétablir l'équilibre et de réduire la disproportion des moyens et de puissance entre les parties. Le nouveau Code de procédure civil suisse, entré en vigueur le 1er janvier 2011, marque à cet égard un net recul en facilitant le droit des parties de refuser de collaborer à l'apport de la preuve.

Pour remédier à ces insuffisances procédurales, en tenant compte des réticences émises par le Conseil fédéral envers l'action de groupe à l'américaine, il est proposé de :

- octroyer aux associations d'importance nationale ou régionale la possibilité d'agir pour réclamer le paiement de dommages-intérêts en faveur de groupes de personnes dont elles sont habilitées à défendre les intérêts (nouvel art. 89a dans le Code de procédure civil) ;
- améliorer l'accès aux preuves. Le juge doit pouvoir obliger la partie qui détient des pièces utiles à les produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus de collaborer sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse sera considéré comme prouvé (nouvelle teneur pour les art. 162 à 164 du Code de procédure civil).

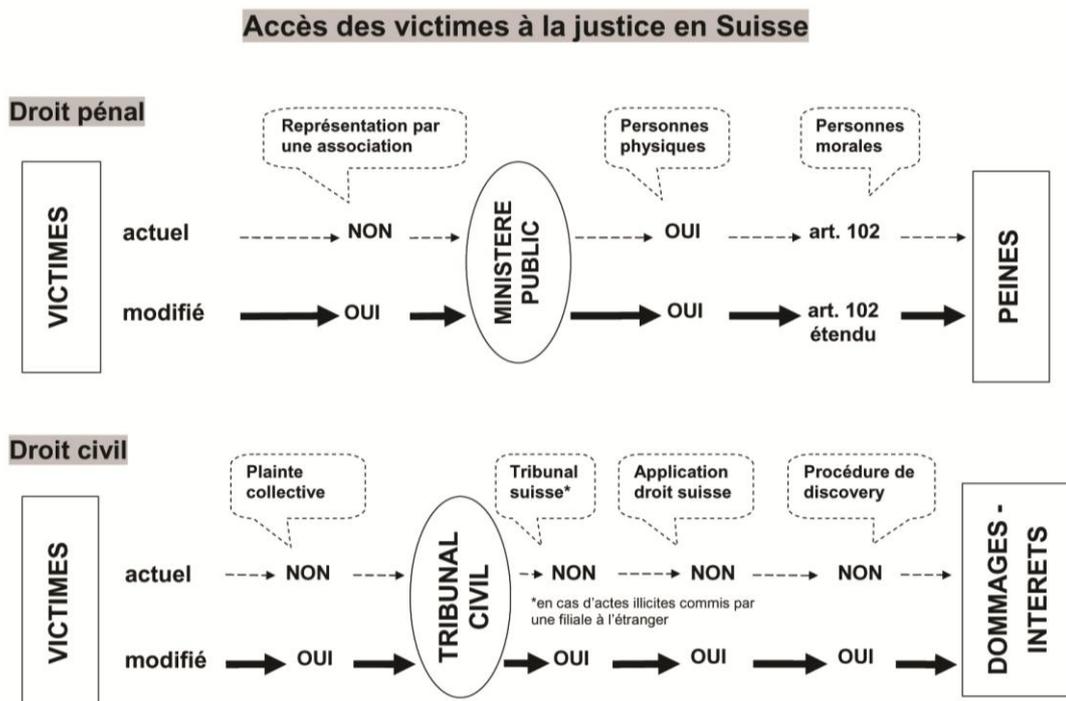
### 4.2. Code de procédure pénale

La mise en œuvre de l'action pénale incombe au Ministère public. La loi l'enjoint d'agir d'office, dès l'instant où des soupçons d'infraction existent. L'expérience montre cependant que les procureurs n'ont pas toujours la volonté d'agir, notamment dans des situations délicates comme celles concernant des violations des droits humains au plan international. Quand le Ministère public refuse d'agir, il revient donc à la personne directement lésée de saisir la justice, ce qui n'est pas toujours possible. De plus, il y a des infractions pour lesquelles il n'existe pas de lésé direct. C'est notamment le cas en matière de corruption ou de blanchiment d'argent, où la preuve d'un dommage est souvent difficile à établir. Sachant que la corruption d'agents publics joue un rôle déterminant dans les atteintes aux droits fondamentaux de nombreuses populations, il n'est pas admissible que la décision d'engager ou non une action pénale en Suisse soit laissée à la libre appréciation du Ministère public – sans recours possible.

C'est pourquoi il est nécessaire de :

- permettre aux associations d'importance nationale d'exercer les droits des victimes dans la poursuite d'un certain nombre d'infractions pénales : discrimination raciale, génocides et crimes contre l'humanité, crimes de guerre, gestion déloyale des intérêts publics, corruption, blanchiment d'argent, contamination d'eau potable, dommages à la propriété (nouvel art. 121 bis du Code de procédure pénale et ajout d'une lettre d. à l'art. 104 al. 1 du Code de procédure pénale).

Une telle réforme ne constituerait pas une véritable nouveauté en droit suisse. Les associations ont en effet déjà qualité pour agir pénalement en matière de concurrence déloyale. Par ailleurs, en droit français, le code de procédure pénale permet aux associations de représenter les lésés dans de nombreux domaines.



## 5. Droit de l'environnement

Jusqu'ici, en Suisse, la protection de la nature a relevé essentiellement du droit public. Celui-ci régit les rapports entre l'Etat et les citoyens, alors que le droit privé règle les relations des citoyens entre eux. Plusieurs lois fédérales – complétées par de nombreuses ordonnances du Conseil fédéral – protègent l'environnement, les eaux, les forêts et le paysage. Leur mise en œuvre effective dépend en grande partie de la volonté des autorités. Cependant, on admet aujourd'hui que nombre d'atteintes à l'environnement – entre autres, par des entreprises – relèvent *de facto* du droit privé. Celui-ci est donc très important pour renforcer la protection de la nature. Il doit notamment permettre un contrôle élargi ainsi qu'un règlement des conflits entre entreprises et particuliers. Ces derniers sont de plus en plus nombreux à vouloir disposer de voies juridiques en cas d'atteintes à l'environnement.

Plusieurs traités internationaux reconnaissent l'importance du droit privé en matière environnementale. Ils consacrent le droit de l'individu à vivre dans un environnement sain et exigent des Etats qu'ils instaurent des instruments juridiques à disposition des particuliers. C'est, par exemple, le cas de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. La Suisse, pour l'heure, n'a pas ratifié ce traité. Elle ne remplit pas les obligations qui en découlent.

Deux problèmes principaux se posent. D'une part, en cas de dommages causés à l'environnement, l'accès à la justice pour les associations est impossible, car la législation actuelle ne leur reconnaît pas la qualité pour agir. D'autre part, en droit privé de l'environnement, l'action en responsabilité civile se heurte à une définition du dommage qui limite artificiellement le champ de protection aux intérêts de nature économique. Les dommages-intérêts qui peuvent être réclamés ne couvrent pas la remise en état de l'environnement ayant subi des dégradations.

Pour pallier ces insuffisances, il convient donc d'ajouter un art. 59e au titre 4 de la Loi sur la protection de l'environnement, afin de:

- permettre à une organisation de protection de l'environnement d'agir en responsabilité civile pour une atteinte à l'environnement en Suisse et à l'étranger ;
- permettre à une organisation de protection de l'environnement d'agir en paiement de dommages-intérêts à un lésé ou à une collectivité ayant subi le préjudice d'une atteinte à la nature ;
- faire que le dommage alloué par le juge couvre les coûts de remise en état de l'environnement dégradé.

**www.droitsansfrontieres.ch** | [info@droitsansfrontieres.ch](mailto:info@droitsansfrontieres.ch)

« Droit sans frontières » | c/o Alliance Sud | Monbijoustrasse 31 | case postale | 3001 Berne | +41 31 390 93 36