economiesuisse
DOSSIER POLITIQUE

10 / 2016

Des solutions plutôt que des procédures judiciaires

08.10.2016

L'essentiel en bref

L'initiative «pour des multinationales responsables» (initiative sur les multinationales) a été lancée en avril 2015 par une vaste coalition de plus de 60 organisations non gouvernementales (ONG). Elle exige de renforcer les dispositions sur la responsabilité des entreprises dans les domaines des droits de l'homme et de l'environnement.

Les nouvelles règles en matière de responsabilité seraient les plus sévères du monde et judiciariseraient la discussion sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement. Ceci entraînerait d'importants problèmes juridiques, politiques mais aussi économiques.

L'initiative est le mauvais instrument pour défendre les intérêts sociaux et environnementaux des personnes directement concernées dans la chaîne de création de valeur. La résolution des défis sociaux passe par la collaboration, au sens de partenariat, entre les entreprises, l'État et les ONG, de même que par la mise en place de structures de «bonne gouvernance» dans les pays émergeants et en développement.

Position d'economiesuisse

- Les entreprises et leurs organes dirigeants doivent déjà rendre compte de leurs actes en vertu non seulement des lois nationales, mais aussi de leurs engagements internationaux. Il est également possible de lancer une procédure auprès du Point de contact national (PCN), hébergé par le SECO, pour remédier à une situation problématique.
- L'initiative, via son devoir de diligence étendu et ses règles sévères en matière de responsabilité, frapperait durement les PME: directement et indirectement.
- Les développements dans le domaine des droits de l'homme et de l'environnement doivent être coordonnés à l'international. Une démarche isolée de la Suisse n'apporte rien et affaiblit aussi bien la cause que la place économique.

- Une extension excessive des règles de responsabilité sape le «smart mix». La discussion constructive sur la responsabilité des entreprises serait transférée aux tribunaux. Tout progrès deviendrait difficile. Ni l'être humain ni l'environnement n'y gagneraient.

Un leurre coûteux et dommageable

L'initiative pour des multinationales responsables demande de renforcer la responsabilité civile des entreprises dans les domaines des droits de l'homme et de l'environnement.

L'initiative sur les multinationales a été lancée en avril 2015 par une vaste coalition de plus de 60 organisations non gouvernementales et institutions religieuses. Elle demande de renforcer les dispositions régissant la responsabilité civile des entreprises dans les domaines des droits de l'homme et de l'environnement.

Les entreprises et l'État disposent déjà de nombreux instruments pour relever les défis sociaux et écologiques.

Les thèmes traités par l'initiative – droits de l'homme et respect de l'environnement – sont louables et servent aussi les intérêts de l'économie. La publication « Responsabilité sociale des entreprises: le point de vue des entreprises» présente les mesures qui ont déjà été prises par les entreprises, les instruments dont dispose la Confédération et les développements politiques récents en la matière en Suisse et à l'étranger.

Les entreprises privilégient le dialogue constructif avec toutes les parties prenantes. L'initiative sur les multinationales judiciariserait la situation et compliquerait le dialogue.

Les entreprises promeuvent un dialogue constructif et un renforcement de la collaboration avec toutes les parties prenantes, comme recommandé par l'ONU. Cette approche fonctionne mais est cependant remise en cause par l'initiative populaire. Les instruments proposés ne sont en effet pas adaptés pour apporter de réelles améliorations à l'être humain et à l'environnement.

Les PME sont aussi touchées

De par son intitulé, l'initiative ne semble viser que les multinationales [1] . Il n'en est rien. La preuve par trois:

L'initiative sur les multinationales vise non seulement les grands groupes, mais aussi les PME. L'assouplissement dont bénéficient en théorie les PME serait inopérant dans la pratique. Les fournisseurs seraient également touchés indirectement, car les devoirs de diligence sont définis de manière à englober toute la chaîne de création de valeur.

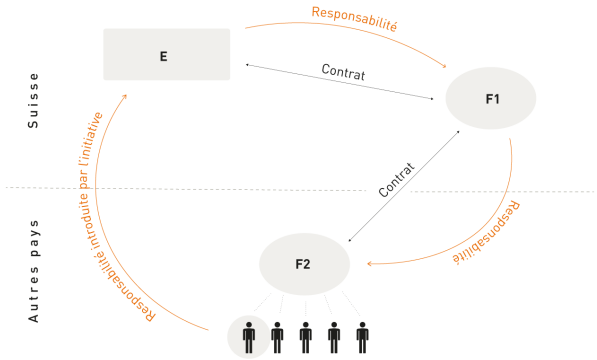
1. L'initiative vise toutes les entreprises, y compris les PME. Le texte de l'initiative demande, certes, au législateur de tenir compte des besoins des PME dans l'établissement du devoir de diligence, mais les dispositions sur la responsabilité s'étendent aussi clairement à elles. Une PME en Suisse peut avoir un fournisseur important à l'étranger qui dépend d'elle: les dispositions de l'initiative seraient ainsi directement applicables à la PME.

2. L'assouplissement prévu est un leurre. Dans la pratique, il resterait lettre morte. La formulation des devoirs de diligence est telle que les petites entreprises ne pourraient pas prendre le risque d'appliquer une définition de la responsabilité moins sévère que les grandes entreprises.

3. Les PME qui fournissent des entreprises internationales seraient les plus touchées. Les multinationales obligeront leurs fournisseurs, qu'ils soient en Suisse ou à l'étranger, à respecter les règles auxquelles elles sont elles-mêmes soumises. Et cela parce que l'initiative prévoit un devoir de diligence étendu qui englobe non seulement l'entreprise, mais aussi tous ses partenaires commerciaux le long de la chaîne de création de valeur. La grande entreprise couvrira le risque de responsabilité en concluant des contrats «back-to-back». La responsabilité causale légale pourra ainsi être transférée contractuellement à un fournisseur. Pour les PME, l'acceptation de l'initiative se traduirait par des risques accrus et par des charges administratives de plus en plus lourdes. Elles devraient apporter de nombreuses preuves supplémentaires attestant qu'elles respectent leurs devoirs de diligence (conformité) et, selon toute probabilité, seraient soumises à un contrôle renforcé de la part de leurs mandants.

Figure 1

Transfert de responsabilité au moyen de contrats « back-to-back »



Légende: L'initiative «pour des multinationales responsables» concerne les groupes tout comme les PME. En effet, toutes les entreprises obligeront des fournisseurs, en Suisse et à l'étranger, à respecter des règles auxquelles elles sont soumises dans le but de limiter le risque de responsabilité. Ce faisant, la responsabilité causale légale est transférée contractuellement à un fournisseur.

Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

Exemple 1: L'entreprise E commande des marchandises à son fournisseur 1 (F1) en Suisse. Le fournisseur 1 a lui-même un fournisseur (F2) à l'étranger. L'entreprise E n'a aucune influence directe sur les achats de F1. En vertu du texte de l'initiative, une personne lésée pourrait intenter un procès directement contre E en Suisse. Pour prévenir ce risque, E transférera la responsabilité à F1 en concluant avec lui un contrat «back-to-back». F1 en fera de même avec F2, de sorte que celui-ci supportera juridiquement toute la responsabilité de E. Cette responsabilité est évaluée selon les critères suisses (frais judiciaires, frais d'avocat, indemnisations). Il n'est pas sûr que F2 puisse assumer une telle responsabilité.

Exemple 2: F2 est une petite entreprise familiale locale qui n'a que F1 pour client. La famille de F2 travaille durement et attend de ses collaborateurs d'en faire autant, dans des conditions de travail dangereuses. F1 a demandé plusieurs fois à F2 d'améliorer les conditions de travail, mais ne dispose d'aucun moyen (à part de menacer de ne plus se fournir chez lui) pour obliger son fournisseur à engager les améliorations nécessaires. E finira par juger trop risqué de s'approvisionner chez F1. Il acquerra F1 et F2 et intégrera les deux fournisseurs dans le groupe (intégration horizontale). La famille recevra une indemnisation et l'entreprise F2 sera absorbée par un grand groupe. L'extension des contrôles à l'ensemble de la chaîne des fournisseurs, voulue par l'initiative, sonnera le glas de petites entreprises familiales.

Principes régissant la responsabilité

En Suisse, celui qui cause un dommage intentionnellement ou par négligence est tenu de le réparer (principe de la responsabilité pour faute).

Cas normal: pas de responsabilité sans faute

Le droit suisse connaît le principe de la responsabilité pour faute. Selon ce principe, celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, est tenu de le réparer [2] . En principe, le responsable est celui qui cause un dommage intentionnellement ou par négligence.

Fait exception la responsabilité causale qui ne dépend pas d'une faute.

Une exception: la responsabilité causale

Ce principe connaît des exceptions. Il n'est pas toujours nécessaire que le responsable tenu de réparer ait commis une faute. Parfois, l'existence d'une certaine relation juridique entre le responsable tenu de réparer et le dommage suffit. Les exemples suivants présentent quelques exemples d'application de la responsabilité causale (responsabilité sans faute).

Dans la **responsabilité du détenteur d'animaux** [3] , le détenteur d'un animal est responsable du dommage causé par l'animal s'il ne prouve pas qu'il a surveillé l'animal avec toute l'attention requise par les circonstances. La nature de la preuve dépend des circonstances concrètes.

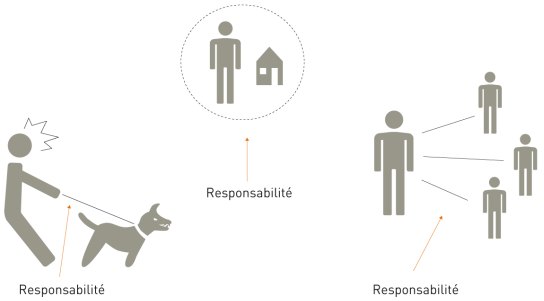
Dans la **responsabilité pour des bâtiments et autres ouvrages** [4] , le propriétaire d'un ouvrage (rue ou maison, par exemple) répond du dommage causé par des vices de construction ou par un défaut d'entretien. Le propriétaire ne peut se libérer de cette responsabilité que s'il démontre l'absence de vices.

Dans la **responsabilité de l'employeur** [5] , l'employeur ou mandant répond du dommage causé par ses travailleurs ou par ses autres auxiliaires, même si lui-même n'a commis aucune faute. En règle générale, l'absence d'auxiliaires n'est admise que si le mandataire agit à titre d'indépendant.

L'employeur peut également se libérer s'il prouve qu'il a observé toute la diligence requise par les circonstances pour éviter un dommage. Pour cela, il doit prouver qu'il a choisi soigneusement ses auxiliaires, qu'il leur a donné les instructions nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches, qu'il a exercé sur eux la surveillance requise et qu'il a organisé le travail dans l'entreprise en conséquence.

Figure 2

La responsabilité causale est l'exception



Légende: Le droit suisse connaît le principe de la responsabilité pour faute. Ce principe connaît toutefois de rares exceptions: il existe parfois une responsabilité indépendamment de la faute, laquelle suppose toutefois l'existence d'une relation juridique entre le responsable tenu de réparer et le dommage.

Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

Dans ces cas exceptionnels, la personne tenue de réparer a une possibilité réaliste d'éviter le dommage ou de prouver que rien ne peut lui être reproché.

Toutes ces responsabilités causales sont des exceptions au principe de la responsabilité pour faute. Elles ont toutes en commun que l'événement qui cause un dommage se produit dans la sphère du responsable. Le responsable aurait eu une possibilité réaliste d'empêcher le dommage, ou peut aussi se dégager de sa responsabilité s'il prouve que rien ne peut lui être reproché.

Responsabilité des groupes d'entreprises en Suisse

→ **Les groupes sont constitués de plusieurs entreprises juridiquement indépendantes.**

Définition du groupe de sociétés

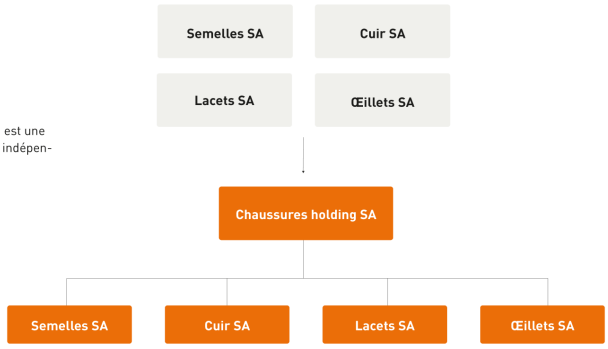
D'un point de vue juridique, un groupe est un ensemble d'entreprises juridiquement indépendantes réunies sous une direction unique. Il s'agit d'une notion économique. Le groupe n'a pas la personnalité morale.

Le Code des obligations (CO) définit le groupe (indirectement) comme une société qui en contrôle une autre [6] . Dans le langage courant, on utilise le terme de société-mère.

→ **Un groupe (société-mère) est une entreprise constituée d'entreprises indépendantes (sociétés-filles).**

Figure 3

Structure d'un groupe



Légende: Un groupe (société-mère) est une entreprise constituée d'entreprises indépendantes (sociétés-filles).

Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

→ **D'une manière générale, le groupe n'est pas responsable de ses sociétés-filles.**

Des solutions adéquates en matière de responsabilité pour les structures de groupe

Le groupe lui-même, soit l'ensemble de ses différentes entreprises, ne peut pas être tenu pour responsable [7] . Seule chacune des entités du groupe ainsi que ses organes (conseil d'administration, par exemple) engagent leur responsabilité. En tant qu'actionnaire de ses sociétés-filles, la société-mère ne répond généralement pas des engagements de celles-ci [8] . Dans certaines circonstances cependant, la société-mère peut répondre des engagements de ses sociétés-filles.

→ **Des exceptions sont possibles dans trois cas, quand des organes du groupe commettent des actes illicites ou quand ils éveillent de fausses attentes.**

Responsabilité par un organe de fait: Si la société-mère assume des tâches qui incombent aux organes dirigeants des sociétés-filles, elle peut être considérée comme un organe de fait et endosse la responsabilité y afférente.

Responsabilité résultant du principe de transparence: Si les principes du droit anonyme ne sont pas respectés, il est possible, exceptionnellement, de lever la séparation juridique des différentes sociétés du groupe. C'est le cas lorsque l'invocation de l'indépendance juridique de la société-fille semble abusive (d'où l'expression «piercing the corporate veil [9] »).

Responsabilité fondée sur la confiance: Il est possible d'engager la responsabilité de la société-mère lorsque celle-ci a éveillé certaines attentes dans la responsabilité du groupe et que celles-ci ont été déçues [10] .

→ **Les entreprises sont d'ores et déjà responsables et peuvent se voir réclamer des dommages et intérêts. Le devoir de diligence de la société-mère s'étend donc aussi à ses sociétés-filles et vaut pour l'ensemble du groupe.**

Devoirs de diligence en vigueur pour les droits de l'homme et les normes environnementales

Les organes dirigeants des entreprises suisses sont d'ores et déjà tenus de respecter les droits de l'homme et les normes environnementales. Le devoir de diligence de la société-mère s'étend donc aussi aux activités de la société-fille. Quand une société-mère contrôle, de facto, les activités d'une société-fille, elle peut déjà être poursuivie en justice et condamnée à réparation.

Les plus hauts dirigeants des entreprises ont des obligations valables à l'échelle du groupe.

- L'obligation d'obéir au strict devoir de diligence fixé par le Tribunal fédéral [11] .
- Le devoir d'intervention pour prendre sans délai des mesures de réparation dans des cas concrets de violation des droits de l'homme [12] .
- Le devoir d'identifier les risques de violation de la législation et d'instituer un système de contrôle interne à l'échelle du groupe.
- L'obligation de surveiller la gestion concrète des affaires à l'échelle du groupe [13] . Les entreprises sont invitées à appliquer une bonne gouvernance et, en particulier, les règles de compliance selon le nouveau chiffre 20 du «Code Suisse de bonnes pratique pour le gouvernement d'entreprise» 2014.

→ **Un avis de droit du Conseil fédéral confirme que le droit suisse des sociétés est l'un des plus sévères du monde.**

Selon un avis de droit [14] commandé récemment par le Conseil fédéral, aucun ordre juridique comparable à celui de la Suisse (en particulier des pays de l'OCDE) ne connaît un devoir de diligence du conseil d'administration aussi étendu que celui du droit des sociétés en Suisse. Pourtant, l'initiative veut aller encore beaucoup plus loin.

Un processus déjà établi pour combattre les abus

Le point de contact national (PCN) est une plateforme qui sert à faire respecter les principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'OCDE. L'une de ses missions principales est d'assurer une médiation en cas de différends entre deux parties. Pour cela, le PCN les invite à une table ronde et offre ses services de médiation. Par rapport à des instruments purement juridiques, la procédure PCN présente de nombreux avantages. Elle peut être par exemple utilisée sans risques financiers ou sans connaissances techniques étendues. Elle permet également d'éviter les conflits de compétence. En Suisse, le PCN est rattaché au SECO.

Informations supplémentaires: www.seco.admin.ch/nkp

Les faiblesses de l'initiative

Les entreprises contribuent au respect des droits de l'homme et des normes environnementales. Elles ne sont pas le problème mais font partie de la solution.

Les illusions des initiants

Les entreprises suisses n'enfreignent pas volontairement les normes en matière de droits de l'homme et environnementaux. Au contraire: elles respectent les législations en vigueur et contribuent régulièrement au rapprochement entre les normes des pays émergents et en développement et les normes européennes. Elles créent non seulement des emplois, paient des impôts et investissent dans les infrastructures sur place, mais elles concourent aussi à la transmission de normes et valeurs concernant le traitement des personnes et de la nature. Cela ne passe pas seulement par les exportations, mais également, voire plus, par la présence locale et les investissements directs. En ce sens, l'activité économique des groupes n'est donc pas le problème, mais fait au contraire partie de la solution pour résoudre les défis sociaux et économiques (cf. encadré).

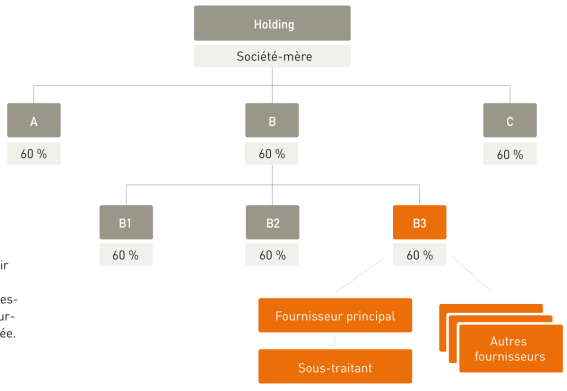
Les entreprises ne peuvent pas se substituer à l'État. Leur marge de manœuvre est limitée. Il est illusoire de croire que tous les abus – y compris ceux en dehors des structures de groupes – puissent être évités. Si elles constatent des abus dans la chaîne logistique, les entreprises s'efforcent d'y remédier.

L'obligation de faire respecter les droits de l'homme et de l'environnement incombe avant tout à l'État [15] . Les entreprises ne disposent ni de la souveraineté ni des outils nécessaires pour la mise en œuvre. Leur marge de manœuvre est limitée. Il est également naïf de penser que les multinationales – même aux normes de RSE les plus strictes – puissent empêcher les abus chez les fournisseurs. Leur influence sur les fournisseurs et sous-traitants est limitée, voire inexistante, car ceux-ci sont des entreprises indépendantes, avec leur propre direction, et ne peuvent pas être contrôlés au même titre qu'un département entièrement intégré à l'entreprise (cf. figure). Aujourd'hui déjà, les entreprises agissent lors d'événements critiques dans leur chaîne logistique et tentent d'y remédier. Toutefois, cela se révèle particulièrement difficile pour les entreprises hors de la structure du groupe.

Les entreprises ne peuvent agir que de manière limitée sur les abus en dehors des structures du groupe. Leur responsabilité pour les faits et actes des fournisseurs et sous-traitants est donc limitée.

Figure 4

Possibilités d'agir limitées



Légende: Les entreprises ne peuvent agir que de manière limitée sur les abus en dehors des structures du groupe. Leur responsabilité pour les faits et actes des fournisseurs et sous-traitants est donc limitée.

Source : economiesuisse
www.economiesuisse.ch

La mondialisation est une chance

Les partenaires commerciaux de la Suisse profitent aussi de la mondialisation et des échanges internationaux: les entreprises créent des emplois dans les pays en développement et investissent sur place. Elles participent également aux transferts de compétences. Ainsi, les entreprises suisses contribuent à la prospérité à l'étranger et aux revenus de millions de personnes. Cela améliore sensiblement les conditions de vie dans les pays concernés. Kofi Annan, ancien Secrétaire général de l'ONU, constate à ce sujet: «C'est l'absence d'activité commerciale à grande échelle et non sa présence qui condamne une grande partie de l'humanité à la souffrance [16] ». Dans une publication conjointe avec SwissHoldings, economiesuisse a montré que les entreprises suisses prennent d'ores et déjà leur responsabilité très au sérieux. Elles ne ménagent pas leurs efforts pour assumer leurs responsabilités sociales et s'engagent, par exemple, pour que les sociétés de groupes et leurs partenaires commerciaux (fournisseurs) soient traités dans le respect de la loi et avec probité. Les groupes suisses jouissent d'une excellente réputation internationale en la matière.

Vers le dossier en ligne d'economiesuisse

Vers le dossier en ligne de SwissHoldings

→ La judiciarisation provoquée par l'initiative réduit la responsabilité des entreprises à des questions purement formalistes, réglementaires ou juridiques et dessert les parties concernées. Parmi les conséquences possibles: le retrait d'entreprises de certains pays ou le rachat d'entreprises.

Effet contre-productif du texte

L'initiative mise seulement sur la sanction en cas d'abus. En cela, elle nuit davantage aux personnes concernées et à l'environnement qu'elle ne les aide, entraînant une judiciarisation de la responsabilité sociale de l'entreprise. Les nouvelles voies empruntées aujourd'hui dans la coopération avec les ONG et les communautés locales seraient réduites aux seules questions formalistes et juridiques étant donné la nouvelle évaluation des risques imposée par le texte. L'initiative mène donc non seulement à un recul des mesures RSE, mais pourrait même obliger certaines entreprises à se retirer de pays émergents et en développement. Il est également possible que des entreprises locales doivent être exclues de la chaîne de création de valeur, ou doivent être intégrées verticalement, ce qui renforcerait, à moyen terme, la position des multinationales.

→ Faire cavalier seul dans le contexte international affaiblit la place économique et nuit à la prospérité. L'initiative aboutit à un impérialisme juridique, met d'autres États sous tutelle et sape la coopération internationale.

Un isolement préjudiciable sur la scène internationale

Les mesures législatives suisses doivent toujours être considérées dans un contexte international. Du point de vue de la compétitivité des entreprises suisses, les conséquences sont claires: la place économique perd de son attrait et les coûts pour l'économie augmentent. La coopération internationale dans le cadre de l'ONU, de l'UE ou de l'OCDE en pâtira également, «car» les efforts pour créer un standard à l'échelle mondiale seront sapés. Plus grave encore, l'initiative prescrit en même temps des instruments qui mettent en quelque sorte d'autres États sous tutelle sur cette question (cf. impérialisme juridique).

→ Aucun autre pays ne projette une législation équivalente.

Différents États édictent actuellement des dispositions réglementaires dans le domaine de la RSE. L'UE et d'autres pays ont déjà arrêté de nouvelles législations en la matière. Cependant, il n'est question nulle part de dispositions renforcées sur la

responsabilité et d'ingérences dans le système judiciaire telles que celles prévues par l'initiative. Ces réglementations étrangères demandent au fond la même chose que ce que recommandent les accords volontaires [17] , largement acceptés en Suisse. Aucune ne prévoit de responsabilité spécifique des entreprises en cas de violation des droits de l'homme et environnementaux. Même la recommandation révisée du Conseil de l'Europe ne dépasse pas le cadre des principes de l'ONU [18] .

Normes dans le domaine de la bonne gouvernance d'entreprise
Dans le domaine de la RSE, organisations internationales, gouvernements, entreprises et ONG élaborent, avec la participation substantielle de la Suisse, différents outils pour mettre en œuvre les procédures de diligence et d'information en matière de droits de l'homme et de l'environnement. Ceux-ci combinent les engagements volontaires des entreprises et les prescriptions gouvernementales.

Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme
Les Principes directeurs de l'ONU posent un cadre de référence internationalement reconnu sur la manière dont les États doivent prévenir les atteintes aux droits de l'homme et les faire respecter par les entreprises dans le cadre de leurs activités économiques.

Lien vers les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme

Pacte mondial des Nations Unies
Le Pacte mondial est une plateforme, initiée par l'ONU, qui rassemble des entreprises et des organisations pour promouvoir l'engagement volontaire en matière de développement durable et de bonne gouvernance d'entreprise. En Suisse, les milieux économiques ont récemment renforcé, en coopération avec la DDC, le réseau local du Pacte mondial, dans le cadre d'un partenariat entre secteurs public et privé.

Lien vers Global Compact Network Switzerland

Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales
Les Principes directeurs de l'OCDE formulent des recommandations que les gouvernements adressent aux entreprises et que les Etats se sont engagés à promouvoir. Il existe en Suisse un Point de contact national (PCN) géré par le Secrétariat d'État à l'économie (SECO), qui agit comme plateforme de dialogue et organe de règlement des différends.

Lien vers les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales

Ces dernières années, de nombreux autres outils internationaux ont été créés ou mis à jour. Ainsi, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'Organisation internationale du travail (OIT) a été mise à jour, tout comme les normes de l'International Organization for Standardization (ISO) (dans le domaine de la gestion environnementale, de la

réduction des gaz à effet de serre et du reporting sur l'écoconception). Les Directives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2008 ont été adoptées comme indicateurs de bonne gouvernance d'entreprise dans les rapports annuels. Enfin, la Global Reporting Initiative (GRI) a développé des directives pour les rapports de développement durable qu'elle met à la disposition des grandes entreprises, des PME, des gouvernements et des ONG. Sans aucune contrainte, ce cadre réglementaire est fort bien accepté et les entreprises notamment suisses l'appliquent directement malgré l'absence de force obligatoire, sous l'effet notamment de la pression internationale des pairs.

→ **La compétitivité de la place économique comme lieu d'implantation de multinationales est remise en question.**

Des incertitudes économiques importantes

L'acceptation de l'initiative porterait un coup de plus à la place économique et aurait un impact potentiellement important. Outre l'insécurité juridique pour toutes les entreprises, PME incluses, la Suisse pourrait perdre en attractivité comme lieu d'implantation pour les multinationales. Pour contourner les effets de l'initiative, les entreprises pourraient tout simplement délocaliser leur activité économique à l'étranger. Tous les acteurs économiques seraient impactés. Il ne faut pas sous-estimer l'importance économique des multinationales: près d'un tiers des emplois, des recettes fiscales et du produit intérieur brut sont dus à des groupes internationaux [19] , sans compter leur interaction avec les PME qui, en tant que fournisseurs, dépendent des commandes locales.

→ **L'initiative est trompeuse car elle exige bien davantage que de simples nouveaux devoirs de diligence.**

Des failles juridiques considérables

L'initiative prévoit des interventions massives dans le système juridique en place et ignore certains principes fondamentaux du droit des sociétés, de la législation en matière de responsabilité et du droit international privé [20] . Du point de vue juridique, elle va plus loin que tout ce qui existe actuellement à l'international. Les initiants réclament bien plus que de nouveaux devoirs de diligence:

- L'initiative exige des entreprises qu'elles vérifient et surveillent les droits de l'homme et les normes environnementales («standards») le long de la chaîne de création de valeur, c'est-à-dire jusqu'aux fournisseurs. Bien que cela soit déterminant, le texte reste flou sur les normes effectivement concernées.
- L'initiative réclame aussi des dispositions renforcées sur la responsabilité des entreprises qui ne respectent pas les normes. Cette responsabilité s'étend à toutes les «entreprises contrôlées» par la compagnie sous une forme ou une autre, sans préciser toutefois l'étendue du contrôle en question.
- L'initiative exige une responsabilité inconditionnelle des entreprises sises en Suisse: celles-ci sont responsables dans tous les cas si elles ne prouvent pas qu'elles surveillent et font appliquer les normes le long de la chaîne internationale de création de valeur (renversement du fardeau de la preuve).
- Les fors suisses sont impérativement compétents et le droit suisse est impérativement appliqué pour la mise en œuvre du texte. Ceci non seulement pour les plaintes devant les tribunaux, mais pour tout contrat le long de la chaîne de création de valeur (impérialisme juridique).

La judiciarisation est un auto-goal

L'initiative est du pain bénit pour les juristes. Les attaques à l'encontre du droit des sociétés reconnu, l'expansion des normes de responsabilité et la référence peu claire aux normes internationales, ainsi que le renversement du fardeau de la preuve et les changements dans les rapports au droit international privé engendrent une grande insécurité. Dans le meilleur des cas, celle-ci ne peut être combattue que par de longues procédures juridiques.

Ces dernières années, bon nombre d'entreprises ont développé leurs services de RSE, chargés de veiller à ce que leur compagnie agisse de manière responsable. Les responsables RSE observent leurs collègues au sein de l'entreprise d'un œil critique, conseillent la direction et proposent des mesures d'amélioration. Face aux problèmes, ils cherchent des solutions – souvent en dialoguant avec des ONG ou des services gouvernementaux.

En introduisant de nouvelles normes de responsabilité et en judiciarisant la RSE, celle-ci finira fatalement par tomber dans le giron des services juridiques, au détriment des services de RSE. La prévention des risques prévaudra sur la recherche de solutions ciblées et rompra le dialogue. Les avocats d'entreprise examineront si la compagnie est exposée à des risques juridiques intenables en Suisse et, si tel est le cas, recommanderont de fermer ou de vendre l'exploitation locale.

Une analyse juridique plus approfondie

Plusieurs concepts-clés du texte de l'initiative sont flous d'un point de vue juridique.

Une base friable

L'initiative demande que les entreprises intègrent obligatoirement, pour toutes leurs relations d'affaires, la protection des «droits de l'homme internationalement reconnus» et «les normes environnementales internationales» . Dans le domaine des droits de l'homme, il existe de nombreuses normes et conventions internationales. Le problème réside dans le fait qu'elles sont souvent formulées – pour autant qu'elles s'appliquent bien aux entreprises – comme des recommandations et non pas avec précision juridique. En ce qui concerne les standards environnementaux, le flou juridique est encore plus flagrant. Il n'est même pas précisé à quelles normes internationales l'initiative se réfère.

L'étendue du devoir de diligence n'est pas claire. Cela conduit à une responsabilité automatique tout au long de la chaîne d'approvisionnement – jusqu'aux fournisseurs en dehors de la structure du groupe.

L'initiative exige par ailleurs que le devoir de diligence s'applique également aux «entreprises qu'elles contrôlent» en Suisse et à l'étranger [21] . Du point de vue juridique, l'étendue d'un tel contrôle, et du devoir de diligence, n'est absolument pas claire, notamment en raison des formulations divergentes dans le texte de l'initiative [22] . Dans les faits, cette réglementation entraîne une responsabilité automatique de la société-mère pour les incidents survenus dans la chaîne d'approvisionnement. Il est très problématique que le devoir de diligence soit étendu au-delà des entreprises contrôlées par la société-mère, jusqu'à des fournisseurs qu'elle ne connaît parfois même pas.

C'est une tromperie: en réalité, l'entreprise est responsable de tout et pour tous.

Comme il n'est pas possible de contrôler la chaîne d'approvisionnement de A à Z, l'initiative conduit à une responsabilité sans faute excessive.

Responsabilité sans faute excessive

L'initiative vise à promouvoir une responsabilité automatique y compris en l'absence de faute de l'entreprise et aboutit à de nouveaux droits de recours [23] . Les entreprises sont tenues d'assumer la responsabilité des dommages causés «dans l'accomplissement de leurs activités [24] » par une société étrangère qu'elles contrôlent. Alléger cette responsabilité est cependant impossible dans les faits, car aucune entreprise ne peut prouver que des fournisseurs très éloignés respectent eux aussi toutes les normes en vigueur. Le contrôle de l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement jusqu'au sous-traitant isolé d'un fournisseur ne peut pas être garanti. Une telle extension de la responsabilité aurait de lourdes conséquences et est assimilable à un changement de paradigme dans la législation en matière de responsabilité (cf. page XX). Cela reviendrait à contourner le droit des sociétés anonymes qui a fait ses preuves ainsi que la responsabilité des groupes déjà évoquée.

Il en découle un changement de paradigme dans la législation en matière de responsabilité et l'abandon du droit des sociétés anonymes qui a fait ses preuves.

Les exigences de l'initiative pourraient être interprétées de telle façon que chaque membre du conseil d'administration de la société-mère devienne personnellement garant de l'ensemble de l'entreprise. Cette interprétation engendrerait une responsabilité même en cas de violation des droits de l'homme ou d'atteintes à l'environnement hors de la sphère propre de l'entreprise et contrôlable par elle.

Une exclusion de responsabilité n'est possible que si les entreprises mettent en place un système de contrôle et d'analyse global et édictent des directives à l'intention des fournisseurs.

Les entreprises seraient déliées de leur responsabilité uniquement si elles prouvent qu'elles ont pris en compte les points suivants dans toutes les firmes qu'elles contrôlent et tous les fournisseurs avec lesquels elles entretiennent une quelconque relation d'affaires:

- Les entreprises doivent identifier les impacts effectifs et potentiels de leurs activités sur l'environnement et les droits de l'homme internationalement reconnus.
- Les entreprises doivent prendre les mesures appropriées pour éviter toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des standards environnementaux internationaux (qu'elles aient la possibilité ou non de donner des directives dans ce sens à leurs fournisseurs).
- Les entreprises doivent mettre un terme aux violations et rendre compte des mesures engagées (ici aussi, peu importe qu'elles aient la possibilité ou non de donner des directives dans ce sens à leurs fournisseurs).

→ **En pratique, il n'est pas possible de prouver le respect du devoir de diligence raisonnable. Par conséquent, une entreprise est toujours responsable, peu importe qu'elle ait respecté son devoir de diligence ou pas.**

En pratique, apporter une telle preuve pour une entreprise sur laquelle aucun contrôle direct n'est exercé se révèle très difficile. N'ayant pas l'autorisation de donner des instructions, la société-mère ne peut donc pas obtenir les informations nécessaires. En cas de litige, ces zones d'ombre peuvent être nuisibles à l'entreprise et favorables au plaignant. La société-mère en Suisse devrait apporter la preuve, pour l'un de ses fournisseurs à l'étranger sur lequel elle ne peut exercer aucun contrôle, d'une chose pour laquelle il n'existe même pas de norme internationale universellement reconnue. En d'autres termes, la preuve libératoire ne peut pas être apportée et la société-mère est donc toujours responsable, qu'elle ait rempli ses obligations de diligence ou pas.

→ **L'initiative se substitue à la compétence des tribunaux. Le droit suisse prime. Les dommages et intérêts ne sont plus perçus là où le dommage s'est produit.**

Impérialisme juridique et atteinte à la souveraineté des autres pays

L'initiative exige que les entreprises suisses puissent être poursuivies en Suisse pour tous les faits qui les concernent de près ou de loin, partout dans le monde. La compétence des tribunaux étrangers devrait ainsi être remise en question par les tribunaux suisses. Les actions en dommages et intérêts ne seraient donc plus engagées là où le dommage s'est produit.

Cela va à l'encontre des évolutions internationales visant justement à éviter une telle divergence entre la juridiction compétente et le lieu du dommage. Dans de nombreux pays (notamment en Espagne, en Belgique et même aux États-Unis), la compétence des tribunaux pour les faits survenus dans le monde a été restreinte ces dernières années.

→ **La souveraineté des États étrangers est attaquée, leurs compétences sont mises en doute (impérialisme juridique).**

Ce signal est également perturbant sur le plan politique. On signifie à un État en réalité compétent que son droit est inapte et ses tribunaux incapables. C'est non seulement un affront, mais cela constitue aussi une grave ingérence dans la souveraineté des pays en question. Au lieu de leur refuser la compétence de lancer des procédures civiles pour les engager en Suisse, il serait plus opportun de développer les systèmes judiciaires des pays concernés. Un bon fonctionnement du pouvoir judiciaire et de la protection juridique locale est non seulement dans l'intérêt de la population des pays en développement, mais également des entreprises

internationales qui investissent sur place. Une nouvelle forme d'impérialisme juridique en matière de contentieux entraîne également l'exportation artificielle de la jurisprudence.

La primauté du droit suisse n'est pas toujours dans l'intérêt des fournisseurs étrangers.

Primauté du droit suisse

L'initiative exige que les tribunaux suisses appliquent impérativement le droit suisse [25] . Cela n'est cependant pas toujours dans l'intérêt du partenaire d'affaire local. Comme il existe différents ordres juridiques, il est parfois possible de choisir la juridiction compétente: les parties doivent se mettre d'accord sur le for applicable. Si elles n'utilisent pas, sciemment ou involontairement, cette possibilité, l'ordre juridique de l'État avec lequel un contrat est le plus étroitement lié s'applique en cas de doute. C'est généralement le pays dans lequel le vendeur ou le fournisseur a son siège. L'initiative veut également supprimer cette facilitation qui avantage le fournisseur à l'étranger.

Les actes officiels sur territoire étranger sont interdits. Il est donc très difficile de rassembler des preuves et de les apprécier

Attentes irréalistes envers l'assistance judiciaire internationale

S'il était possible de poursuivre une entreprise ayant son siège en Suisse pour un fait survenu à l'autre bout du monde, cela poserait de gros problèmes aux tribunaux suisses. Il est en effet déjà difficile de réunir des preuves et de les apprécier, dans le cadre de procès transfrontaliers. Un tribunal suisse ne peut pas recueillir des preuves sur territoire étranger, car les actes officiels hors de la Suisse sont interdits. Les juges suisses ne peuvent pas, par exemple, se rendre à l'étranger pour procéder à des interrogatoires ou des investigations. [26]

L'assistance administrative internationale devrait précisément être fournie par les autorités étrangères mises sous tutelle et dont les capacités sont mises en doute.

Le droit international de procédure civile offre pourtant des solutions: le juge suisse peut utiliser les instruments de l'entraide judiciaire internationale pour obtenir le soutien des autorités étrangères. Ces dernières sont priées d'accomplir, sur leur territoire, des actes de procédure ou d'autres actes administratifs et d'en communiquer le résultat au tribunal en Suisse. Or les autorités en question seraient justement le tribunal auquel la Suisse devrait notifier dans sa requête qu'il n'est pas suffisamment compétent pour traiter le cas. On peut aisément s'imaginer que cette cour serait très peu encline à aider activement ses homologues suisses à l'origine de la demande.

Une victime étrangère peut difficilement entamer un procès sans le soutien d'ONG.

L'ouverture d'un procès constituerait également un grand défi pour la victime étrangère: celle-ci devrait déposer une requête écrite auprès du tribunal suisse, décrire en détail les moyens de preuve, démontrer et chiffrer le dommage. La victime serait dans l'impossibilité de le faire – que ce soit pour des raisons financières ou linguistiques. L'intervention d'une ONG domiciliée en Suisse serait nécessaire.

Des procès médiatiques au premier plan

L'initiative diabolise les entreprises suisses et part du principe, aisément réfutable, que celles-ci violent sciemment les principes d'une gestion éthique. Un examen plus attentif montre que l'initiative ne se concentre pas sur le devoir de

diligence raisonnable des entreprises en matière de droits de l'homme et de l'environnement, celui-ci n'est qu'un prétexte. Ce texte permettra surtout aux ONG suisses d'engager, en Suisse, au nom de quelques victimes à l'étranger, des procès très médiatisés contre des firmes helvétiques. Et ce, grâce à une extension des dispositions sur la responsabilité, sans équivalent à l'international.

Position d'economiesuisse

L'initiative n'apporte rien aux personnes et à l'environnement – au contraire. Elle est superflue, contreproductive et dangereuse.

L'initiative sur les multinationales n'améliore pas la protection des personnes, ni celle de l'environnement – au contraire. Elle ne s'attaque pas aux vrais problèmes et recourt aux mauvais instruments. Il est d'ores et déjà possible d'intenter des actions en dommages et intérêts contre les entreprises. Il existe aussi des procédures établies qui permettent de résoudre, dans le dialogue, d'éventuels abus. L'initiative sous-estime par ailleurs l'importante contribution des entreprises au développement et à la prospérité. Elle est superflue, contre-productive en matière de droits de l'homme et de l'environnement et dangereuse pour notre place économique.

L'initiative est une vaste tromperie et entraîne une responsabilité extrême et automatique aussi bien pour les multinationales que pour les PME.

L'initiative est une vaste tromperie. Elle présume que les entreprises violent sciemment les droits de l'homme et les standards environnementaux. Elle prétend se contenter d'inscrire le devoir de diligence dans la loi et de n'y assujettir que les multinationales. Ceci est faux. En effet, l'initiative exige par principe une responsabilité sans faute automatique et extrême, unique au monde, pour toutes les activités à l'étranger. Les PME doivent elles aussi endosser cette responsabilité.

L'initiative ne tient pas compte de principes fondamentaux de notre système de loi et conduit à un impérialisme juridique.

L'initiative est formulée de manière très floue d'un point de vue juridique et comporte donc de nombreux risques. Elle ne tient pas compte de principes fondamentaux du droit des sociétés, du droit en matière de responsabilité et du droit privé international. Elle met les pays émergents et en développement sous tutelle et fait obstacle à leur développement juridique. Du point de vue politique, l'impérialisme juridique est une bombe à retardement et complique les relations extérieures. En Suisse, l'initiative provoque des incertitudes accrues et compromet un système de résolution des conflits qui fonctionne bien via une procédure d'arbitrage, modérée par l'État, devant le Point de contact national.

L'initiative nuit à la place économique. Une telle action isolée de la Suisse serait très lourde de conséquences.

L'initiative nuit directement à la place économique suisse. Notre pays perd de son attractivité en tant que site d'implantation pour les entreprises internationales, car les dispositions en matière de responsabilité ainsi introduites seraient les plus strictes du monde. Une telle action isolée de la Suisse serait également très lourde de conséquences: les charges administratives des entreprises – toutes tailles confondues – augmenteraient en effet sensiblement.

L'initiative réduit la responsabilité entrepreneuriale à des questions purement juridiques. Le dialogue constructif pour résoudre les défis écologiques et sociaux est rompu.

En judiciarisant la RSE, on déplace la discussion de la recherche constructive de solutions à la confrontation, c'est-à-dire aux tribunaux. Cela n'apporte rien à personne. La situation de la population et de l'environnement locaux n'est pas susceptible de s'améliorer si les investissements se tarissent ou si les firmes suisses sont remplacées par des entreprises de pays dont les normes sont nettement moins sévères. Au bout du compte, l'initiative nuirait donc justement à ceux qu'elle prétend protéger.

1. Des informations sur l'initiative pour des multinationales responsables sont également disponibles sur le site www.initiative-multinationales.ch.
2. Cf. art 41, al. 1 CO
3. Cf. art. 56 CO
4. Cf. art. 58 CO
5. Cf. art. 55 CO
6. Cf. art. 963, al. 1 CO
7. Cf. Peter V. Kunz dans RJB 2012, 358 pp. et renvois supplémentaires
8. Cf. art. 620, al. 2 CO
9. Trois conditions doivent cependant être réunies: a) le créancier de la société-fille doit avoir subi un dommage; b) la société-fille doit être contrôlée par la société-mère en tant qu'actionnaire principal ou unique; c) un comportement illicite (c'est le cas par exemple en cas de confusion des patrimoines de la société-mère et de la société-fille).
10. Sur les conditions, cf. l'arrêt Swissair; ATF 120 II 331
11. Cf. art. 717 CO
12. ATF 97 II 411
13. Cf. art. 716a, al. 1, chif. 5 CO
14. Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger, du 2 mai 2014, à l'adresse http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/bj/aktuell/news/2014/2014-05-28/ber-apk-nr-f.pdf
15. Ce principe est aussi consigné dans le 1er pilier des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de l'ONU (principes de Ruggie). Cf. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf
16. «It is the absence of broad-based business activity, not its presence that condemns much of the humanity to suffering».
17. Par exemple les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales http://www.oecd-ilibrary.org/fr/governance/les-principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises-multinationales_9789264115439-fr
18. Recommandation CM/Rec(2016)3 du Comité des Ministres du 2 mars 2016: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1ad4
19. Faits et chiffres sur la Suisse comme pays d'accueil de grandes entreprises (Swissholdings): http://www.swissholdings.ch/fileadmin/kundendaten/Dokumente/Archiv_Publikationen-Studie/160203_SH_Faits_Chiffres_fr.pdf
20. Cf. note n° 16
21. Cf. art. 101a, al. 1 let. a de l'initiative
22. Cf. art. 101a, al. 1 let. a et c de l'initiative
23. «Les sociétés suisses devront à l'avenir aussi répondre des violations de droits de l'homme ou de normes environnementales commises par leurs filiales ou par les sociétés qu'elles contrôlent à l'étranger. Cela permettra aux victimes de déposer plainte en Suisse afin d'obtenir réparation pour les dommages qu'elles ont subis». Source: http://konzern-initiative.ch/de-quoi-il-s-agit/texte-initiative/?lang=fr
24. Cf. art. 101a, al. 2 let. c de l'initiative
25. Cf. art. 101a, al. 2 let. d de l'initiative: les droits de l'homme et les normes environnementales auxquels il est fait référence devraient être définis au niveau national et reformulés, notamment pour pouvoir être opposés directement aux entreprises

et non pas uniquement à l'État. De telles normes seraient uniques au monde et spécifiques au droit suisse.

26. En vertu de l'art. 299, al. 1 du Code pénal (CP), est punissable «celui qui aura violé la souveraineté territoriale d'un État étranger, notamment en procédant indûment à des actes officiels sur le territoire de cet État». Cette disposition exprime le principe général du droit international, selon lequel la souveraineté de chaque pays s'arrête à ses frontières. Les autorités d'un État ne peuvent donc engager aucune activité souveraine hors de leur territoire.