

L'initiative « entreprises responsables » sous l'angle juridique : mal conçue et nuisible dans l'application

A. Faut-il un nouveau régime de responsabilité ?

L'État de droit d'aujourd'hui découle en quelque sorte des raisonnements de Montesquieu, il y a trois siècles, dont : « *S'il n'est pas nécessaire de faire une loi, alors il est nécessaire de ne pas en faire une.* »

La première question est donc la suivante : sommes-nous en présence d'abus devant être réglés par cette initiative ? Je dirais que non. Je m'occupe d'affaires internationales depuis trente ans. Chaque fois que j'ai vu des entreprises suisses déployer leurs activités dans des pays en développement, elles y ont amélioré la situation des droits de l'homme. Certes pas du jour au lendemain et pas toujours au niveau suisse, mais cela n'est tout bonnement pas possible.

B. Une expérience unique en droit comparé

La Suisse se lancerait dans une expérimentation. Il n'existe aucune loi comparable à l'étranger, du moins pas dans un avenir proche. Même la *loi de vigilance* française de 2017, souvent invoquée, ne va pas aussi loin. Elle ne touche que les grandes entreprises et ne prévoit pas de renversement du fardeau de la preuve. L'UE vérifie les réglementations, mais avec beaucoup de prudence et de discernement – pour une bonne raison. L'initiative, en revanche, brandit une massue juridique.

C. Application du droit

Cette massue s'abat aussi sur les ordres juridiques étrangers.

Quand les Américains étendent leur droit à la Suisse, nous parlons d'arrogance et de violation de notre souveraineté. Quand les Européens étendent leur droit à la Suisse, nous parlons d'arrogance et de violation de notre souveraineté. Mais quand la Suisse veut étendre son droit au Nigeria ou au Vietnam, nous devrions parler d'aide au développement. Ce n'est pas logique.

D. Exécution en justice

1. Frais de justice

Les partisans de l'initiative se veulent rassurants : vu les lourds dépens, il n'y aura de toute façon que peu d'actions en justice. Les lois cantonales exigent en effet des avances élevées pour les frais de justice et, dans le cas d'États plus lointains, aussi pour les frais d'avocat des défendeurs. Mais cela n'est pas un obstacle aux actions en justice :

1. Les avances de frais peuvent être fournies par des professionnels des procès et des ONG, une pratique déjà courante au niveau international.
2. Les particuliers, surtout de pays en développement, peuvent en règle générale demander une assistance judiciaire gratuite et procéder aux frais des contribuables suisses.
3. Une tactique prisée est de n'engager d'abord qu'une action partielle, pour une petite partie des dommages, avec aussi juste une fraction des risques de dépenses.

2. Obtention de preuves

Le fardeau de la preuve est un autre sujet. Il incombe aux deux parties. Les plaignants doivent prouver qu'ils ont subi un préjudice et que ce préjudice a été causé par le comportement d'une société locale contrôlée. Il s'agit là en effet d'un obstacle de taille.

Par le renversement partiel du fardeau de la preuve, le défendeur doit toutefois prouver en même temps qu'il a respecté son devoir de diligence. En d'autres termes, il doit prouver son innocence. Soyons réalistes ! Comment une entreprise suisse d'articles de sport va-t-elle prouver qu'elle a fait tout son possible pour qu'aucune employée ne soit discriminée chez son fournisseur de ballons de foot au Pakistan ?

Par ailleurs, les juges disposent d'une grande marge de manœuvre. Par prudence, une entreprise défenderesse doit donc faire d'énormes efforts pour ne pas échouer à l'obstacle des preuves. Il faut bien prendre conscience que l'admission d'une demande pour violation des droits de l'homme nuit à la réputation de l'entreprise, même si elle les preuves sont lacunaires.

Les tribunaux ont eux aussi un problème : les expertises soumises par les parties n'ont aucune valeur probante. Le tribunal suisse devrait lui-même administrer les preuves, mais n'y est pas autorisé à l'étranger. Il devrait demander l'entraide judiciaire aux autorités et tribunaux locaux pour des expertises ou des auditions de témoins. Déjà pour un procès normal, cela peut durer des années¹. Dans les pays qui seraient les premiers concernés ici, espérer une entraide judiciaire efficace frise l'utopie. Le tribunal ne pourra jamais constater ce qui s'est vraiment passé. L'initiative attribuée aux tribunaux une tâche qu'ils ne peuvent pas remplir sérieusement.

3. Pression des médias

Dans la pratique, cela signifie que les plaignants tenteront – comme si souvent sur la scène internationale – d'utiliser les médias à leur avantage. Beaucoup de défendeurs devront accepter un accord pour protéger leur réputation, quelle que soit la situation juridique et des moyens de preuve.

E. Conclusion

Une source compétente a dit que l'initiative ne fera pas de la Suisse un paradis des poursuites en matière de droits de l'homme. Je suis d'accord. La Suisse ne deviendra pas non plus un enfer pour les entreprises. Mais cela va créer un malaise. Chaque entreprise internationale, quelle que soit sa taille, devra réorganiser toutes ses chaînes d'approvisionnement, car personne ne sait jusqu'où iront les nouvelles règles. L'initiative causera beaucoup de bureaucratie et des coûts élevés pour les entreprises. La place économique suisse tout entière sera désavantagée. Toujours plus de projets dans des régions problématiques devront être abandonnés – au profit d'entreprises étrangères. L'initiative rend donc un mauvais service aux droits de l'homme. Les règles de transparence sont bien plus efficaces que des actions en responsabilité.

L'initiative partait d'une bonne intention, mais sa conception est fautive. Cette chose n'a pas sa place dans notre Constitution.

10 novembre 2020 – Felix Dasser

¹ Cf. index des pays dans le guide de l'entraide judiciaire du DFJP: <https://www.rhf.admin.ch/rhf/fr/home/rechtshilfefuehrer/laenderindex.html>