

[10 | 2019]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

NICOLAS GURTNER / DANIEL KINZER / MIGUEL OURAL

Le projet de nouvel art. 147a CPP:
la balance perd l'équilibre SEITE / PAGE 415

PETER LUTZ / MARTIN KERN

Anwälte im GwG-Schleppnetz –
Berufsgeheimnis als Beifang SEITE / PAGE 435



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA / IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	411
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Nicolas Gurtner / Daniel Kinzer / Miguel Oural Le projet de nouvel art. 147a CPP: la balance perd l'équilibre	415
Dominic E. Tschümperlin Arrest unpfändbarer Vermögenswerte: Wie anfechten?	420
Anton Vallélian / Sébastien Zulian La protection des droits de l'homme dans les contrats internationaux	425
Dieter Studer Das psychische Immunsystem stärken	431
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Peter Lutz / Martin Kern Anwälte im GwG-Schleppnetz – Berufsgeheimnis als Beifang	435
Andreas Schneuwly Lange Rechtsschriften – Wieso? Und was tun?	443
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	454

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
22. Jahrgang 2019 / 22^e année 2019
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (Vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Oberer Steisteg 18, CH-6431 Schwyz
Tel. 041 811 66 77, Fax 041 811 77 03
patrick.sutter@klgp.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Stephan Grieb, Fürsprecher, Akquisition
juristische Publikationen (SG)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10108 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 213.-, EUR 258.- (Print und Online);
CHF 178.-, EUR 178.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 105.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 27.50, EUR 27.50
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX

ANTON VALLÉLIAN

Avocat au barreau de Genève (Lalive), doctorant à l'Université de Genève

SÉBASTIEN ZULIAN

Avocat au barreau de Genève (Lalive), LL. M. (Columbia)

Mots-clés: Business & Human Rights, contrats, commerce international

Plus de 80% des partenaires commerciaux de la Suisse imposent à leurs entreprises des mesures en matière de droits de l'homme qui visent l'entier des chaînes de valeur. Autrement dit, les droits de l'homme intégreront les contrats des entreprises suisses tournées vers l'étranger. Autant s'y préparer, et même y voir une opportunité.

I. Introduction¹

L'initiative populaire pour des multinationales responsables n'obtiendra peut-être pas le soutien du peuple. Le contrat étendra néanmoins la responsabilité des entreprises suisses aux violations des droits de l'homme. Si la proposition peut surprendre vis-à-vis d'une problématique essentiellement abordée sous l'angle de la responsabilité aquilienne, voire de la responsabilité sociale des entreprises, la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme dépasse ce cadre.

Les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les «Principes directeurs»)², instrument de référence en la matière, consacrent un devoir de diligence raisonnable des entreprises dans la négociation, la conclusion et le suivi des contrats³. La règle n'est certes pas contraignante. Cette obligation, et d'autres, trouvent toutefois un ancrage dans les législations des partenaires économiques principaux de la Suisse et dans les standards de nombreuses industries. Or comme les entreprises soumises à ce régime sont tenues d'assurer son respect tout au long de la chaîne de valeur, les entreprises suisses ne pourront y échapper.

II. L'impact des régimes étrangers et privés

Les développements législatifs relatifs à la responsabilité des entreprises pour les droits de l'homme se multiplient.

– En France, 4^e partenaire commercial de la Suisse⁴, le devoir de vigilance raisonnable consacre une responsabilité civile des entreprises pour violation des droits de l'homme⁵. En Allemagne, premier partenaire commercial, on songe à des obligations analogues⁶. Parmi les

pays limitrophes, on mentionnera encore l'Italie, 5^e partenaire, et son décret législatif 231/2001.

- Le Royaume-Uni, 6^e partenaire commercial de la Suisse, combine une responsabilité pénale et des obligations de rapport des mesures mises en œuvre dans l'entier de la chaîne de valeur dans son *Modern Slavery Act*⁷, à une obligation générale de rapport en droit des sociétés relatif aux «*human rights issues, including information about any policies of the company in relation to those matters and the effectiveness of those policies*»⁸.
- Aux États-Unis, 2^e partenaire commercial de la Suisse pour près de 11% des échanges commerciaux, on peut citer le *Trafficking Victims Protection Reauthorization*

1 Les auteurs remercient Me Sandrine Giroud pour ses précieux conseils et sa relecture.

2 Approuvés par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, résolution 17/4 du 16. 6. 2011.

3 Commentaire des Principes directeurs, Principe 17, p. 18. Cf. ég. Principe directeur 13; BRABANT, *Setting Human Rights Standards Through International Contracts*, *Global Legal Briefing* d'Herbert Smith Freehills, 24. 6. 2016, p. 1 ss.

4 Les données relatives aux partenaires commerciaux de la Suisse sont issues du site de l'Administration fédérale des douanes (AFD), Commerce extérieur cumulé de la Suisse par partenaire commercial, 2018 (exportations + importations), état au 28. 5. 2019 (consulté le 24. 9. 2019; *idem* pour tous les sites référencés).

5 Art. L. 225-102-4 et 5 Code de commerce français.

6 Cf. <www.business-humanrights.org/en/will-germany-become-a-leader-in-the-drive-for-corporate-due-diligence-on-human-rights>.

7 Sect. 54 *UK Slavery Act*.

8 *Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013*, art. 3, 414C(1) et (7)(b).

Act, la *Government's prohibition on human trafficking by federal government contractors*, l'*Alien Tort Statute* ou encore certaines dispositions du *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, du *U. S. Trade Facilitation & Trade Enforcement Act* ou des lois interdisant l'esclavage⁹. On pensera aussi au *California Transparency in Supply Chain Act* («*California Act*»), qui inclut des obligations de rapport similaires au régime britannique¹⁰.

- Dans l'Union européenne, qui regroupe plus de la moitié des exportations et importations de la Suisse, la directive 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières comprend une obligation de rapport sur l'incidence de l'activité de l'entreprise sur les droits de l'homme, les principaux risques associés, «y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques» ainsi que les politiques mises en œuvre et leurs résultats¹¹. Le 1. 1. 2021, s'ajoutera au catalogue le Règlement (UE) 2017/821, qui consacrera des obligations de diligence pour les importateurs de métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque et exige des importateurs qu'ils incorporent des règles correspondantes dans les contrats avec leurs fournisseurs¹².

Les règles ne se limitent pas aux principaux partenaires commerciaux de la Suisse. On citera encore l'Espagne, le Mexique, le Pérou, l'Australie, ou les Pays-Bas¹³. Sur la base des quelques exemples cités, c'est déjà plus de 80% des partenaires de la Suisse qui traitent de la responsabilité des entreprises pour les droits de l'homme.

Les tribunaux étrangers n'ont par ailleurs pas attendu pour poser les jalons d'une responsabilité¹⁴. Pour ne citer que quelques exemples:

- dans l'affaire *Rana Plaza*, les juridictions françaises étudient la responsabilité d'Auchan, à la suite de la découverte d'habits portant l'étiquette d'une marque d'Auchan dans les décombres d'une usine au Bangladesh¹⁵;
- en France toujours, la société Lafarge SA a été mise en examen pour complicité de crimes contre l'humanité, travail incompatible avec la dignité humaine, financement d'entreprise terroriste et mise en danger d'autrui en raison des activités de sa filiale syrienne¹⁶;
- le 10. 4. 2019, le Royaume-Uni a confirmé sa compétence dans une action d'habitants d'un village zambien contre la société anglaise Vedanta Resources PLC en raison de la contamination des eaux qu'aurait causée sa filiale en Zambie¹⁷;
- au Canada, l'affaire *Choc c. Hudbay Minerals Inc.* met en cause la maison mère canadienne en lien avec les activités d'une de ses filiales au Guatemala¹⁸.

La liste est loin d'être exhaustive¹⁹ et les sociétés suisses ne sont pas épargnées, comme l'illustre l'affaire *Doe c.*

Nestle S. A. et al., dans laquelle Nestlé S. A. est attrait devant les juridictions californiennes à la suite d'allégations de trafic d'êtres humains et d'esclavage dans des cultures de cacao de Côte d'Ivoire²⁰.

Consciente du changement, l'industrie s'équipe de codes de conduite et autres standards régissant ses activités²¹. On peut citer:

- les Principes de l'Équateur, qui visent à identifier et gérer les risques environnementaux et sociaux des financements accordés par 97 institutions financières dont HSBC, Credit Suisse ou BNP Paribas²²;
- les Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de l'*International Finance Corporation* («Normes de performance de l'IFC»);
- les normes ISO 26000 et 20400;
- les *UN Guiding Principles Reporting Framework Assurance Guidance* de Mazars et Shift;
- les Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme des secteurs extractifs et de l'énergie;
- le Code de conduite international des entreprises de sécurité privées;
- l'*Accord on Fire and Building Safety* au Bangladesh (le «*Bangladesh Accord*») qui a fait suite au drame du Rana Plaza et réunit aujourd'hui plus de 190 marques de l'industrie du textile – dont H&M, Adidas, Benetton²³.

⁹ Pour la législation américaine, cf. GROULX DIGGS/REGAN/PARANACE, *Business and Human Rights as a Galaxy of Norms*, Georgetown Journal of International Law 2019, p. 309 ss, p. 318 ss.

¹⁰ Art. 1714.43 Code civil de Californie.

¹¹ Art. 1 al. 1 Directive 2014/95/UE du 22. 10. 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

¹² Art. 4 lit. d Règlement (UE) 2017/821 du 17. 5. 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque.

¹³ Pour un horizon, cf. GROULX DIGGS ET AL., op. cit., p. 317 ss.

¹⁴ Cf. PARANCE/GROULX, Regards croisés sur le devoir de diligence et le *duty of care*, J. D. I. 2018, p. 21 ss.

¹⁵ Pour une présentation de l'affaire, cf. <www.business-humanrights.org/fr/r%C3%A9sum%C3%A9-du-proc%C3%A8s-auchan-usine-textile-au-bangladesh>.

¹⁶ *Idem*, cf. <www.business-humanrights.org/fr/proc%C3%A8s-contre-lafarge-complicit%C3%A9-pour-crimes-contre-l%E2%80%99humanit%C3%A9-syrie>.

¹⁷ *Idem*, cf. <www.business-humanrights.org/en/vedanta-resources-lawsuit-re-water-contamination-zambia>.

¹⁸ *Idem*, cf. <www.business-humanrights.org/en/hudbay-minerals-lawsuits-re-guatemala-0>.

¹⁹ Cf. <www.business-humanrights.org/en/corporate-legal-accountability/case-profiles>.

²⁰ Pour une présentation de l'affaire, cf. <www.business-humanrights.org/en/nestl%C3%A9-cargill-archer-daniels-midland-lawsuit-re-c%C3%B4te-divoire>.

²¹ CROCKETT, *Human Rights Clauses in Commercial Contracts*, LSE Investment & Human Rights Project, 4. 6. 2014, <blogs.lse.ac.uk/investment-and-human-rights/portfolio-items/6667/>.

²² Cf. <equator-principles.com>.

²³ Cf. <bangladeshaccord.org>.

Les développements législatifs, jurisprudentiels et privés qui précèdent mettent sous pression les entreprises²⁴. La large portée des règles évoquées et les incertitudes qu'elles impliquent en termes de responsabilité conduisent les entreprises de nos principaux partenaires commerciaux à faire preuve de prudence. Or l'intégration de normes protectrices dans les contrats permet à l'entreprise de répercuter ses obligations sur ses partenaires commerciaux, ce qui constitue tant une exigence du régime qu'une solution économique²⁵. Vu sous un autre angle, le respect des droits de l'homme devient une condition d'accès au marché.

Sur le terrain, les codes de conduite, chartes et règlements en matière de responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'homme sont de plus en plus courants²⁶. Pour en améliorer la mise en œuvre, le recours à des mécanismes contractuels se démocratise²⁷. En Suisse, 11% des 200 plus grandes entreprises suisses avaient adapté leurs politiques aux Principes directeurs en 2016²⁸. Même la FIFA – non exempte de scandale pour autant – a fait le pas²⁹. Vu les développements internationaux, il existe une opportunité pour les entreprises suisses de s'impliquer dans la tendance à la contractualisation des droits de l'homme, respectivement et à défaut un risque de se les voir imposer par autrui.

III. Les avantages de la contractualisation

Introduire les droits de l'homme dans le fonctionnement de l'entreprise est avant tout une attente du marché. Comme le relève l'administration fédérale suisse, «[g]ouvernements, investisseurs, clients, consommateurs, organisations non gouvernementales et syndicats exigent des entreprises – PME incluses – qu'elles connaissent leurs impacts sur les droits de l'homme et qu'elles rendent compte de la façon dont elles atténuent les impacts négatifs qui peuvent résulter de leurs propres activités ou de celles d'entreprises avec qui elles entretiennent une relation commerciale»³⁰. L'intégration des droits de l'homme permet en outre de rassurer les investisseurs, de cibler de nouveaux segments du marché et de trouver de nouvelles sources de financement – tels les toujours plus influents investisseurs socialement responsables –, d'accroître la productivité et de réduire le taux de fluctuation grâce à une meilleure identification des employés à l'entreprise³¹. Relevons au passage que 75% des *millennials* seraient prêts à accepter un salaire plus bas pour travailler dans une entreprise socialement responsable³². L'intégration des droits de l'homme dans l'activité d'une entreprise devient ainsi un avantage stratégique³³.

À ces avantages prospectifs s'ajoute celui d'un meilleur contrôle des risques existants³⁴. Précisons à ce stade que les règles précitées, étatiques et privées, ne consacrent certes pas toutes une responsabilité aquilienne ou contractuelle standard mais, d'une part, certaines le font déjà et, d'autre part, les obligations de rapport et d'évaluation ne doivent pas être sous-estimées en raison des sanctions administratives et des réactions de la société civile³⁵. Même sans règle contraignante, les sanctions du marché deviennent de plus en plus sévères: tout scandale – amplifié par les réseaux so-

ciaux et l'appétit des médias – menace de mettre un terme au financement d'une banque ou organisation internationale, de nuire au déroulement du commerce, d'accroître les coûts d'exploitation, en somme de diminuer la valeur de l'entreprise, ce qui ne sera pas du goût des actionnaires³⁶. Si un litige surgit, les coûts de défense s'ajouteront aux dommages réputationnels et opérationnels³⁷. Le risque de litige ne saurait d'ailleurs être sous-évalué, même en Suisse³⁸.

- En responsabilité aquilienne, un acte illicite et une faute de l'entreprise, définie par renvoi à des règles d'association privées et publiques, suffisent³⁹. Or à suivre le Conseil fédéral, les «Principes directeurs fixent pour la première fois un cadre de référence reconnu internationalement sur la manière d'obliger les entreprises industrielles à respecter les droits de l'homme dans l'État où elles sont actives et de garantir que les victimes de violations soient effectivement indemnisées»⁴⁰.
- Par extension, en droit des sociétés, on peut inclure le risque pour l'administrateur de réparer le dommage causé à la société du fait de la violation de son devoir de diligence.
- Au pénal, le développement des normes en matière de lutte contre la corruption, le blanchiment d'argent, la criminalité organisée ou encore le terrorisme⁴¹, permettent

²⁴ BRABANT, op. cit., p. 1 ss; CROCKETT, op. cit.

²⁵ BRABANT, op. cit., p. 1 ss.

²⁶ *Idem*; SHIFT, Global Compact Network Netherlands and Oxfam, *Doing Business with Respect for Human Rights*, 2016, p. 13; CROCKETT, op. cit.; SCHELTEMA, *The Mismatch Between Human Rights Policies and Contract Law: Improving Contractual Mechanisms to Advance Human Rights Compliance in Supply Chains*, in ENNEKING ET AL. (éds.), *Accountability and International Business Operations: Providing Justice for Corporate Violations of Human Rights and Environmental Standards*, à paraître (<www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WGSubmissions/2018/Martijn_Scheltema.pdf>), p. 1 ss et les études référencées.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Étude de Pain pour le prochain/Action de carême, Politique des droits humains et entreprises suisses: un état des lieux, 2016.

²⁹ *Second Report by the FIFA Human Rights Advisory Board Including the Board's Recommendations and FIFA's Responses*, septembre 2018.

³⁰ Brochure de l'Administration fédérale en collaboration avec Global Compact Network Switzerland, Une gestion d'entreprise responsable pour une réussite durable – La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans les PME suisses, 2019, p. 2.

³¹ *Idem*.

³² Étude de Cone Communications, *Millennial Employee Engagement Study*, 2016.

³³ Brochure de l'Administration fédérale, p. 2.

³⁴ *Idem*.

³⁵ GROULX DIGGS ET AL., op. cit., p. 321 ss.

³⁶ BRABANT, op. cit., p. 3; SCHELTEMA, op. cit., p. 5 et les études référencées.

³⁷ *Idem*.

³⁸ BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, PJA 2017, p. 1015 ss; GEISSER/KAUFMANN/SCHMID, *Einleitung: «Sorgfalt von Unternehmen in Bezug auf Menschenrechte»*, PJA 2017, p. 927 ss.

³⁹ ATF 126 III 113, c. 2.

⁴⁰ Rapport du Conseil fédéral, Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger, 2.5.2014, p. 3.

⁴¹ Cf. INGOLD, La responsabilité pénale d'une société mère suisse en cas d'infraction commise au sein de la société fille à l'étranger, RPS 2015, p. 228 ss.

de couvrir nombre de situations qui causent ou exploitent des violations des droits de l'homme, comme l'affaire *Lafarge* en France.

- On peut concevoir une responsabilité fondée sur la LCD, en cas d'indications inexactes ou fallacieuses procurant un avantage concurrentiel indu, ou de tromperie de la clientèle en faisant illusion sur la qualité des produits⁴². Il s'agit en essence de l'argument soulevé contre Auchan dans l'affaire *Rana Plaza*, dont on ne peut nier la réalité économique: garantir qu'un produit est «*fair trade*» augmente sa valeur sur le marché⁴³.

En droit suisse, les responsabilités qui précèdent restent réservées à des situations exceptionnelles. Cela dit, la tendance internationale à préférer des notions d'ordre économique de contrôle, de relations commerciales établies ou de lieu d'opération à la théorie du voile corporatif et aux règles de territorialité ne doit pas être négligée⁴⁴; une diligence en matière de droits de l'homme permet précisément d'anticiper le risque. Le raisonnement est le même que dans d'autres domaines comme la *compliance* ou toute autre logique d'anticipation. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'obligation de diligence des Principes directeurs et utiliser le contrat pour clarifier les attentes des parties impliquées⁴⁵, influencer le comportement des cocontractants⁴⁶ et mettre en œuvre un régime potentiellement plus efficace que des normes de gouvernance⁴⁷.

IV. Rédaction de clauses topiques

L'inclusion des droits de l'homme dans le contrat invite à quelques réflexions en matière de rédaction. L'avocat genevois y sera sensible, lui dont les Us et Coutumes commandent de «*s'efforce[r] d'atténuer les risques de violation des droits fondamentaux et des droits de l'Homme en favorisant leur prise en compte dès le stade du conseil ou de l'assistance dans l'élaboration d'accords ou de contrats*»⁴⁸.

Il ne s'agit pas de bouleverser l'économie du contrat, mais d'identifier parmi les clauses et mécanismes disponibles ceux qui sont les plus adaptés à la taille de l'entreprise, à la nature et au lieu de ses activités, à ses partenaires commerciaux et à sa capacité de les influencer, aux produits et aux matières premières utilisées⁴⁹. L'obligation de diligence est en effet une obligation de moyen qui s'adapte aux circonstances⁵⁰. L'approche doit ainsi être progressive, surtout si le marché en question y semble réfractaire⁵¹, et se fonder sur les risques, à commencer par les plus graves⁵². L'examen dépasse ici les risques propres à l'entreprise et s'intéresse à tous les *stakeholders*, en particulier aux groupes exposés aux activités de l'entreprise⁵³. À titre d'illustration, le plan de vigilance français comprend une cartographie des risques identifiés, analysés et hiérarchisés⁵⁴. L'examen permettra d'intégrer les risques correctement identifiés dans chaque contrat. Dans le secteur du textile, les risques sont par exemple le travail des enfants, la discrimination, le travail forcé, le temps de travail excessif, la santé et la sécurité au travail, le droit de créer un syndi-

cat, les rémunérations, les produits chimiques dangereux, la pollution de l'eau, etc.⁵⁵.

1. Préciser les attentes

Une clause selon laquelle «*[l]es Parties respectent les droits de l'homme*» paraît aussi naïve qu'impraticable. Pour éviter les vœux pieux, on préfère à des principes trop généraux ou renvoyant à des règles trop nombreuses la description précise du cadre contractuel destiné à influencer le comportement du cocontractant⁵⁶.

Il faut définir les droits et comportements visés⁵⁷. On favorise donc des règles simples, concrètes et exécutoires, accompagnées d'une certaine flexibilité pour englober les risques que la diligence préalable au contrat n'aura pas identifiés⁵⁸. La société souhaitant exiger ou refuser un type de comportement particulier sera d'ailleurs avisée de le spécifier, à défaut de quoi des normes qu'elle ignorerait pourraient prévaloir sur sa volonté non exprimée. Plus une clause est précise, plus elle permettra de lier le comportement reproché au défaut d'un produit et d'en déduire le dommage correspondant – un objet perd en valeur s'il a par exemple été fabriqué par des enfants⁵⁹. Il en va de même sous la CVIM, le produit pouvant alors être considéré comme non conforme au contrat⁶⁰.

L'intégration des clauses utiles peut se faire par référence aux standards développés par les industries concernées⁶¹. Non sans défaut, ces instruments sont néanmoins le fruit d'une réflexion approfondie quant aux incidences d'une industrie et ses risques typiques⁶². Ils demeurent

42 Cf. art. 2 et 3 al. 1, lit. b et i LCD.

43 BRABANT, op. cit., p. 4. Cf. ég. dans l'affaire *Vedanta* précitée, par. 52 ss.

44 Cf. sect. 54 *UK Slavery Act*; art. L. 225-102-4 Code de commerce français; art. 1714.43 lit. a Code civil de Californie; GROULX DIGGS ET AL., op. cit., p. 354 ss et les affaires citées.

45 BRABANT, op. cit., p. 4.

46 CROCKETT, op. cit.; Commentaire des Principes directeurs de l'OCDE, 2011, p. 29.

47 SCHELTEMA, op. cit., p. 2 et 4; BRABANT, op. cit., p. 4.

48 Art. 2 al. 3 Us & Coutumes (2018) de l'Ordre des avocats de Genève.

49 Cf. Principe directeur 17; Brochure de l'Administration fédérale, p. 4.

50 SHIFT ET AL., op. cit., p. 85.

51 SCHELTEMA, op. cit., p. 9.

52 Principes directeurs 17, lit. b et 24; Brochure de l'Administration fédérale, p. 5.

53 Brochure de l'Administration fédérale, p. 5.

54 Art. L. 225-102-4 Code de commerce français. Cf. ég. Art. 1714.43 lit. c Code civil de Californie.

55 Guide OCDE sur le devoir de diligence applicable aux chaînes d'approvisionnement responsables dans le secteur de l'habillement et de la chaussure, 2018, p. 38.

56 CROCKETT, op. cit.; SCHELTEMA, op. cit., p. 10.

57 BRABANT, op. cit., p. 4; SCHELTEMA, op. cit., p. 10.

58 Brochure de l'Administration fédérale, p. 4.

59 BRABANT, op. cit., p. 4.

60 Cf. art. 35 CVIM et BRABANT, op. cit., p. 5. La CVIM offre par ailleurs un autre ancrage à la responsabilité, son article 7 opérant un renvoi au caractère international de la convention, à la bonne foi dans le commerce international et aux «*principes généraux [et donc internationaux] dont elle s'inspire*» (Art. 7 al. 1 et 2 CVIM).

61 Cf. titre II.

62 SCHELTEMA, p. 6 ss.

toutefois en pratique trop généraux et doivent être aménagés en fonction des circonstances concrètes⁶³. Le conseil doit examiner avec soin la portée des références et textes visés – intégrés par renvoi, les codes de conduite d'une entreprise peuvent par exemple être trop imprécis et s'incliner face à un accord contraire⁶⁴.

Des initiatives multipartites telles que Fairtrade, Fairwear, ou UTZ, ont par ailleurs développé des certifications attestant d'une supervision de la production selon des règles établies; l'entreprise peut exiger de ses partenaires qu'ils obtiennent de telles certifications⁶⁵.

2. Examiner la chaîne de valeur dans son ensemble

Le commerce international connaît toujours plus d'intervenants et les chaînes de production se complexifient. Les nouvelles règles étatiques et privées visent en conséquence la chaîne de valeur au mépris des frontières, comme en témoigne notamment le *UK Slavery Act*⁶⁶. Dans ce contexte, le contrat représente un atout d'harmonisation et de cohérence de plus en plus utilisé⁶⁷.

On veillera à prévoir des clauses de perpétuité qui obligent le cocontractant à intégrer des clauses similaires dans les contrats avec ses propres cocontractants et à s'assurer de leur mise en œuvre – plutôt que se limiter à exiger du cocontractant qu'il «*assure le respect*» des droits de l'homme par ses partenaires commerciaux⁶⁸. Pour favoriser tant la traçabilité que la qualité le long de la chaîne de valeur, une maison mère peut aussi limiter le nombre de sous-traitants autorisés et imposer des sous-traitants certifiés⁶⁹.

Il s'agit également de prendre en considération les *stakeholders*. Certaines clauses examinées exigent ainsi le respect et le dialogue avec les communautés et organisations locales. Le plan de vigilance français est d'ailleurs censé s'élaborer avec les *stakeholders*, le cas échéant via des initiatives au sein d'une filière ou à l'échelle territoriale, et être assorti d'un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements des risques qui se concrétisent⁷⁰, mécanisme qui se retrouve notamment dans le Règlement (UE) 2017/821⁷¹.

Il faut aussi tenir compte de l'utilisation d'un service ou d'un produit à l'autre bout de la chaîne. On sera ainsi avisé de prohiber contractuellement une utilisation qui s'inscrirait dans des violations des droits de l'homme, comme y invitent les Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme des secteurs extractifs et de l'énergie auxquels ont notamment adhéré BP, Total et Shell⁷².

3. Contractualiser l'accès à l'information

Seul un accès à l'information permet à une entreprise de gérer l'incidence de son activité sur les droits de l'homme, tel que l'exige notamment la Directive 2014/95/UE⁷³. Or le contrat permet de prévoir des obligations correspondantes afin d'obtenir ces informations et un droit de regard sur la chaîne de valeur.

Le devoir de diligence impose un examen continu de la situation des fournisseurs, des partenaires commerciaux, des pays d'approvisionnement et des secteurs d'activité –

autant d'éléments dont les risques évoluent rapidement, *a fortiori* en cas de développement de nouveaux produits ou de nouvelles relations commerciales⁷⁴. Certaines bailleresse de fonds – et en particulier celles ayant adhéré aux Principes de l'Équateur ou aux Normes de performance de l'IFC – exigent typiquement un droit d'audit périodique ou d'inspection des locaux de production⁷⁵. Le *California Act* prévoit une obligation de vérification de la chaîne de valeur et d'audit des fournisseurs, lesquels doivent par ailleurs certifier que les matières premières utilisées ont été obtenues en conformité avec les dispositions applicables contre l'esclavage et le trafic humain⁷⁶. Le contrat peut par ailleurs prévoir une obligation d'annonce de l'existence d'un risque et de sa concrétisation⁷⁷.

Rendre les informations accessibles à des tiers, dans la mesure où leur divulgation ne compromet pas la bonne marche des affaires⁷⁸ augmente encore le degré de surveillance du cocontractant. On peut envisager une obligation d'étude d'impact ou un droit d'audit ou d'accès par des tiers – qu'il s'agisse de *stakeholders* ou d'ONG⁷⁹ – à l'image d'Apple et Tiffany qui se sont récemment alliés à l'ONG Resolve pour superviser leurs fournisseurs d'or⁸⁰. Un audit par une ONG locale représente aussi un argument d'efficacité pour une maison mère distante⁸¹.

Une obligation de rapport et/ou d'évaluations régulière permet enfin un suivi optimal et d'assurer la conservation des documents pertinents⁸².

Les certifications peuvent ici aussi s'avérer utiles à la vérification des conditions sur place et permettre une externalisation du processus, solution économique pour les

63 *Idem*.

64 *Idem*, p. 2 ss.

65 *Idem*, p. 10.

66 Sect. 54 *UK Slavery Act*. Cf. ég. GROULX DIGGS ET AL., op. cit., p. 354 ss.

67 BRABANT, op. cit., p. 1.

68 SCHELTEMA, op. cit., p. 7 ss et 11 ss; CROCKETT, op. cit.; Guide OCDE, p. 63, 66 et 79.

69 Guide OCDE, p. 39 ss; SCHELTEMA, op. cit., p. 8 et 11 ss.

70 Art. L. 225-102-4 Code de commerce français. Cf. ég. Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables, 2016, 33 ss.

71 Art. 4 lit. e et 5 al. 2.

72 Cf. <www.voluntaryprinciples.org>.

73 Art. 1 al. 1.

74 Brochure de l'Administration fédérale, p. 5.

75 CROCKETT, op. cit.; SHIFT ET AL., op. cit., p. 74 et 80 ss. Principe directeur 17; Guide OCDE, p. 61 ss.

76 Art. 1714.43 lit. c Code civil de Californie.

77 Cf. Art. L. 225-102-4 Code de commerce français.

78 Principes pour des contrats responsables, Intégrer la gestion des risques pour les droits de l'homme dans les négociations contractuelles entre États et investisseurs, Nations Unies, 2015, p. 36.

79 Art. 1714.43 lit. c Code civil de Californie. Cf. ég. Principes directeurs 17 ss; SHIFT ET AL., op. cit., p. 56 ss et 80 ss.

80 Cf. <www.resolve.ngo/salmon_gold.htm>.

81 SHIFT ET AL., op. cit., p. 74 et 80 ss.

82 Guide OCDE-FAO, op. cit., 32 ss; cf. ég. Art. 1714.43 lit. c Code civil de Californie. SCHELTEMA, p. 11 ss. Cf. ég. Art. L. 225-102-4 Code de commerce français.

entreprises éloignées des opérations⁸³. Les initiatives multipartites s'avèrent également à nouveau utiles, comme le démontre le *Bangladesh Accord* qui prévoit des audits sur place par des inspecteurs externes⁸⁴.

4. Mieux vaut prévenir qu'essayer de guérir

Réparer une violation des droits de l'homme avec de l'argent n'a jamais vraiment convaincu. D'abord, les dommages-intérêts sont difficilement quantifiables⁸⁵. Une clause pénale donne quant à elle l'apparence non souhaitable d'une amende de complaisance. Une indemnisation de la société par son cocontractant fautif peut en outre être perçue comme un accaparement du dommage subi par les victimes⁸⁶. La résiliation du contrat n'est pas non plus appropriée en toutes circonstances et on l'exclut souvent pour des raisons économiques⁸⁷; elle peut aussi avoir un impact réputationnel négatif pour l'entreprise qui par ce biais évite toute implication, sans égard par ailleurs aux conséquences potentiellement négatives de son départ⁸⁸.

La prévention et le suivi sont plus convaincants. Dans cette optique, le contrat participe à une logique incitative et peut servir d'encouragement à la coopération et aux mesures d'accompagnement⁸⁹. Le plan de vigilance français exige par exemple des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, ainsi qu'un dispositif de suivi des mesures mises en œuvre et d'évaluation de leur efficacité⁹⁰. On peut aussi envisager un mécanisme de récompense en cas de respect des règles par l'augmentation des commandes ou des prix d'achat⁹¹.

Pour assurer une meilleure mise en œuvre des règles, le contrat peut prévoir une obligation de diffusion des règles convenues au sein des équipes impliquées et des éventuels sous-traitants⁹². Plusieurs clauses rencontrées requièrent l'organisation d'une formation des employés et la mise en place d'une surveillance subséquente⁹³. Si des engagements de ce type ne sont économiquement ou pratiquement pas envisageables, le recours à des initiatives multipartites et à des certifications est préférable⁹⁴.

La priorité sera donc systématiquement de faire cesser, ou à tout le moins d'atténuer, respectivement d'éviter la répétition des violations des droits de l'homme, dans une logique continue de suivi des démarches et de leurs résultats⁹⁵. Et si une violation survient malgré tout, le contrat pourra contenir une obligation d'amélioration de l'infrastructure et un délai dans lequel le responsable devra prendre les mesures appropriées⁹⁶.

5. Aménager le mécanisme de résolution des litiges

Last but not least, le mode de résolution des litiges convenu doit tenir compte des spécificités inhérentes aux violations des droits de l'homme. On pense avant tout à la mise en place d'un système de dénonciation ouvert, connu et anonyme des *stakeholders*⁹⁷. Dans les projets de grande envergure, on voit aussi apparaître la mise en place d'un système de résolution des litiges préalable impliquant les *stakeholders*, voire un droit d'action ou de participation au litige⁹⁸, comme cela se retrouve déjà en partie dans les procédures CIRDI⁹⁹.

Dans le litige entre les parties au contrat elles-mêmes, les modes alternatifs de résolution et des clauses en cascade permettent de favoriser la négociation et la médiation avant action. Les Points de contacts nationaux de l'OCDE proposent déjà une médiation en cas d'allégation de violation des droits de l'homme commises par des entreprises multinationales¹⁰⁰. L'arbitrage, enfin, n'est pas à exclure, comme l'illustre le *Bangladesh Accord*: le 22.1.2018, la seconde procédure arbitrale a conduit à une solution transactionnelle avec les ONG suisses Union Global Union et IndustriALL Global Union, qui comptent ensemble plus de 70 millions de travailleurs. Relevons au passage que la confidentialité des procédures a permis de ne pas dévoiler le nom des entreprises concernées¹⁰¹.

V. Conclusion

Il y a trente ans, les règles anti-blanchiment et anti-corrupcion d'aujourd'hui auraient suscité un tollé. On peut parier sur la même tendance en matière de droits de l'homme, là où se développent non seulement les règles de CSR et les *due diligences* habituelles, mais aussi désormais les clauses contractuelles. Les contrats qui animent le commerce mondial dépassent leurs frontières. Les régimes légaux étrangers et standards de l'industrie teignent la relation contractuelle d'obligations de respect des droits de l'homme. Les entreprises suisses y sont de plus en plus exposées et peuvent se servir du contrat pour maîtriser leurs risques juridiques, réputationnels, opérationnels. Le conseil veillera ainsi à orienter son client dans une perspective de minimisation des risques et d'équilibre des responsabilités.

⁸³ SCHELTEMA, op. cit., p. 10; Commentaire des Principes directeurs de l'OCDE, p. 17.

⁸⁴ Art. 4 ss *Bangladesh Accord*. Cf. ég. GROULX DIGGS ET AL., op. cit., p. 332 ss; SCHELTEMA, op. cit., p. 10.

⁸⁵ CROCKETT op. cit.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ NERI-CASTRACANE, Les avocats et la RSE, p. 134 ss, p. 138.

⁸⁸ SCHELTEMA, op. cit., p. 4 et 14; CROCKETT, op. cit.

⁸⁹ SHIFT ET AL., op. cit., p. 74, 81 et 127 ss; SCHELTEMA, op. cit., p. 4. Cf. ég. NERI-CASTRACANE, op. cit., p. 134 ss, p. 138.

⁹⁰ Art. L. 225-102-4 Code de commerce français.

⁹¹ Guide OCDE, p. 78 et 161; SCHELTEMA, p. 15.

⁹² BRABANT, op. cit., p. 4.

⁹³ SHIFT ET AL., op. cit., p. 56 ss; SCHELTEMA, op. cit., p. 8 et 11 ss. Cf. ég. Art. 11 ss *Bangladesh Accord*.

⁹⁴ SCHELTEMA, op. cit., p. 13.

⁹⁵ Brochure de l'Administration fédérale, p. 5.

⁹⁶ Cf. Guide OCDE, p. 152 ss.

⁹⁷ Cf. Principe directeur 31; Art. 13 ss *Bangladesh Accord*; Guide OCDE-FAO, p. 33 ss; Art. L. 225-102-4 Code de commerce français.

⁹⁸ SCHELTEMA, op. cit., p. 15 ss; Principe directeur 31.

⁹⁹ Pour un recueil de décisions relatives du CIRDI, cf. <icsid.worldbank.org/fr/Pages/process/Decisions-on-Non-Disputing-Party-Participation.aspx>.

¹⁰⁰ Cf. <www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/NKP/Statements_zu_konkreten_Faellen.html>.

¹⁰¹ Cf. <www.lalive.law/news/the-accord-on-fire-and-building-safety-in-bangladesh-arbitration-meets-human-rights/>.