

# Diligence des entreprises, tra

## – Ce qui va changer

Le 29 novembre 2020, les cantons rejetaient l'initiative populaire pour des entreprises responsables, alors que le peuple l'acceptait à une courte majorité. C'est donc le contre-projet indirect du Parlement qui entrera en vigueur, probablement au début de l'année prochaine<sup>2</sup>.



**Nicolas Bueno<sup>1</sup>**

Professeur assistant à  
Unidistance, docteur en droit  
international public

### 1. Introduction

Le contre-projet indirect introduit de nouvelles obligations pour les entreprises. Tout d'abord, les nouveaux articles 964a à 964c CO prévoient une obligation de transparence sur les questions non financières. Les articles 964j à 964l CO contiennent ensuite une obligation de diligence en matière de minerais provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants. Ces obligations sont bien loin de celles proposées par le texte de l'initiative populaire.

Cet article est structuré de la manière suivante. Il rappelle le contenu de l'initiative populaire et, notamment, sa clause de responsabilité des entreprises (2.). Il présente ensuite les nouvelles obligations du contre-projet indirect (3.) et fait un tour d'horizon des principaux développements européens en la matière (4.). Il conclut que le contre-projet indirect semble déjà quelque peu dépassé par rapport à certains pays européens, avant même son entrée en vigueur.

### 2. Retour sur l'initiative populaire

L'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» visait à introduire l'article 101a dans la Constitution suisse sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement<sup>3</sup>. Cette initiative avait pour but de mettre en œuvre, en droit suisse, les

Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, le standard international en la matière. La disposition constitutionnelle contenait deux éléments principaux: un devoir de diligence pour les entreprises et une disposition spécifique sur leur responsabilité juridique<sup>4</sup>.

En ce qui concerne le devoir de diligence, l'initiative pour des entreprises responsables exigeait que les entreprises examinent leurs répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme et l'environnement, qu'elles prennent des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation, mettent fin aux violations existantes et rendent compte des mesures prises. Cette obligation de diligence s'étendait également aux activités des entreprises contrôlées ainsi qu'à celles des relations d'affaires. Enfin, les intérêts des petites et moyennes entreprises devaient être pris en compte<sup>5</sup>.

En ce qui concerne la responsabilité juridique, l'initiative visait à introduire une responsabilité civile spécifique pour les dommages causés par une société contrôlée. A ce sujet, elle était dès lors plus précise que les Principes directeurs des Nations Unies; ces principes étant lacunaires sur la question de la responsabilité juridique. Dans le mécanisme prévu par l'initiative, la société contrôlée pouvait s'exonérer de sa responsabilité en prouvant avoir fait preuve de la diligence requise

<sup>1</sup> Professeur de droit international et européen à UniDistance Suisse. Cet article est une traduction adaptée et complétée de Nicolas Bueno, Christine Kaufmann, *The Swiss Human Rights Due Diligence Legislation: Between Law and Politics*, à paraître dans le *Business and Human Rights Journal*. Cet article ne représente que les opinions de son auteur. Mes remerciements s'adressent à Madame Yasmin Dinari pour l'aide à la traduction et à la mise en forme.

<sup>2</sup> Code des obligations (Contre-projet indirect à l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement»), modification du 19 juin 2020, <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2021/890/fr/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2021-890-fr-pdf-a-1.pdf>.

<sup>3</sup> Chancellerie fédérale, «Initiative populaire fédérale «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», <https://www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis462t.html>.

<sup>4</sup> Nicolas Bueno, *The Swiss Popular Initiative on Responsible Business: From Responsibility to Liability*, Enneking et alii (eds), *Accountability, International Business Operations and the Law*, Routledge 2020, pp. 239-259.

<sup>5</sup> Art. 101a al. 2 let. b Cst.

# vail des enfants et minerais

pour prévenir le dommage<sup>6</sup>. Ce mécanisme de responsabilité avec une preuve libératoire de l'entreprise avait pour but de remédier à la difficulté pratique pour des victimes de violations des droits humains ou des personnes atteintes par un dommage à l'environnement d'apporter la preuve de la faute de l'entreprise dans un contexte transnational.

Le mécanisme de responsabilité juridique de l'initiative populaire a nourri un vif débat parlementaire avant la votation populaire de novembre 2020. En juin 2018, le Conseil national avait adopté un premier contre-projet qui limitait le champ d'application du devoir de diligence aux grandes entreprises et rendait la responsabilité civile de l'entreprise expressément inapplicable aux dommages causés par un fournisseur<sup>7</sup>. Malgré ce compromis, le Conseil des États avait rejeté l'idée d'un mécanisme de responsabilité civile. De manière quelque peu inhabituelle, le gouvernement avait ensuite mandaté le Département fédéral de justice et police afin d'élaborer une alternative qui ne contiendrait aucune clause de responsabilité et qui se concentrerait uniquement sur le travail des enfants et les minéraux de conflit. Cette approche a servi de base au deuxième contre-projet finalement adopté en juin 2020 et présenté ci-dessous.

## 3. Nouvelles obligations pour les entreprises

Le contre-projet indirect adopté à la suite du rejet de l'initiative populaire propose une approche fondamentalement différente de celle de l'initiative populaire pour

des entreprises responsables. Tout d'abord, il n'impose pas de devoir général de diligence couvrant l'ensemble des droits humains et les standards environnementaux internationalement reconnus. Deuxièmement, il n'introduit pas de nouvelles dispositions relatives à la responsabilité juridique des entreprises pour les dommages causés par une filiale ou par un fournisseur sous son contrôle. Malgré sa version édulcorée, le contre-projet indirect contient tout de même quelques nouveautés pour les entreprises.

Formellement, ces nouveautés prennent la forme d'une modification du Code des obligations et du Code pénal<sup>8</sup>. Les nouveaux articles 964a à 964c CO introduisent une obligation de transparence sur les questions non financières. Les articles 964j à 964l CO définissent la nouvelle obligation de diligence pour les minerais provenant de zones de conflit et le travail des enfants. Le nouvel article 325ter du Code pénal présente les sanctions en cas d'inobservation des prescriptions relatives à l'établissement des rapports non financiers et en matière de diligence. À ces dispositions s'ajoute l'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants (ODiTr)<sup>9</sup>, elle-même accompagnée d'un rapport explicatif<sup>10</sup>. La procédure de consultation de l'avant-projet de l'ordonnance étant à présent terminée, ces nouvelles dispositions devraient entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2022, peut-être avec quelques modifications mineures. Les entreprises auront ensuite

une année pour se conformer aux nouvelles règles. Celles-ci s'appliqueront donc au plus tôt à l'exercice 2023<sup>11</sup>. Les paragraphes suivants présentent en détail ce qui sera désormais attendu des entreprises ou, pour le moins, certaines d'entre elles.

## 3.1 L'obligation de transparence

Le contre-projet indirect introduit de nouvelles exigences quant au rapport sur les questions non financières, c'est-à-dire sur les questions environnementales (notamment des objectifs en matière de CO<sub>2</sub>), les questions sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption<sup>12</sup>. En Suisse, cette obligation ne s'appliquera qu'aux grandes entreprises, celles employant au moins 500 personnes à plein temps en moyenne annuelle et dont le total du bilan dépasse 20 millions de francs suisses ou qui réalisent un chiffre d'affaires minimum de 40 millions de francs suisses<sup>13</sup>. Enfin, l'entreprise peut simplement justifier, par écrit, qu'elle n'applique aucun concept sur les questions non financières<sup>14</sup>. Le non-respect des obligations de rendre rapport peut faire l'objet de sanctions pénales allant jusqu'à 100 000 francs suisses<sup>15</sup>.

Pour certains, les obligations de transparence peuvent conduire les entreprises à modifier leur comportement si elles estiment pouvoir subir un dommage réputationnel<sup>16</sup>. Toutefois, certaines recherches montrent que les rapports sur des questions non financières manquent parfois de substance et de qualité. C'est

<sup>6</sup> Art. 101a al. 2 let. c Cst.

<sup>7</sup> Voir Franz Werro, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative: Haftungsform im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui-generis* 2018, pp. 428-442; Nicolas Bueno, Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: Le point en droit suisse, 29(3) *Swiss Review of International and European Law* 2019, pp. 345-366.

<sup>8</sup> Code des obligations, modification du 19 juin 2020.

<sup>9</sup> Avant-projet d'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants (ODiTr), <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/verantwortungsvolle-unternehmen/vorentw-vsotr.pdf.download.pdf/vorentw-vsotr-f.pdf>.

<sup>10</sup> Rapport explicatif de l'ODiTr, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/verantwortungsvolle-unternehmen/vn-ber-vsotr.pdf.download.pdf/vn-ber-vsotr-f.pdf>.

<sup>11</sup> Office fédéral de la justice, Mise en œuvre des dispositions légales pour une meilleure protection de l'être humain et de l'environnement – fin de la consultation, communication du 14 juillet 2021, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/wirtschaft/gesetzgebung/verantwortungsvolle-unternehmen/umsetzung-naechste-schritte.pdf.download.pdf/umsetzung-naechste-schritte-f.pdf>.

<sup>12</sup> Art. 964b CO.

<sup>13</sup> Art. 964a CO.

<sup>14</sup> Art. 964c CO.

<sup>15</sup> Art. 325ter CP.

<sup>16</sup> Stephen Park, Human Rights Reporting as Self-Interest: The Integrative and Expressive Dimensions of Corporate Disclosure, Robert C. Byrd, Daniel R. Cahoy and Jamie D. Prenkert (eds), *Law, Business and Human Rights: Bridging the Gap*, Edward Elgar 2014, p. 53.

le cas, par exemple, des rapports en matière d'esclavage moderne, que les entreprises britanniques doivent fournir, depuis quelques années, sur la base du *Modern Slavery Act*<sup>17</sup>. Dans tous les cas, la nouvelle obligation de transparence ne comprend aucune obligation pour l'entreprise d'adopter un comportement particulier visant à réduire les risques de ses activités pour les droits humains ou l'environnement ou, encore, de répondre d'un éventuel dommage causé. On peut donc partir du principe que l'impact de l'obligation de transparence sur le terrain sera limité.

### 3.2 L'obligation de diligence

Au-delà de l'obligation de transparence, les articles 964j à 964l CO introduisent de nouvelles obligations de diligence en matière de minerais provenant de zones de conflit et de travail des enfants. L'obligation de diligence visera aux entreprises qui ont leur siège social, leur administration centrale ou leur principal établissement en Suisse comme suit: d'une part, l'obligation s'applique aux entreprises qui mettent en libre circulation ou traitent en Suisse des minerais ou des métaux contenant de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or, provenant de zones de conflit, à partir d'un certain volume<sup>18</sup>. D'autre part, elle vise des entreprises qui offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants<sup>19</sup>.

En matière de travail des enfants, l'avant-projet de l'ODiTr concrétise trois exceptions. Premièrement, le devoir de diligence ne concerne pas les petites et moyennes entreprises<sup>20</sup>. Deuxièmement, les grandes entreprises sont exemptées, si elles peuvent démontrer que les pays dans lesquels elles fournissent des biens et des services sont des pays à faible

risque s'agissant du travail des enfants. Un faible risque est présumé si un pays est classé dans la catégorie «basique» de l'indice des droits de l'enfant sur le lieu de travail de l'Unicef. Troisièmement, les grandes entreprises restantes ne sont tenues au devoir de diligence que s'il existe un «soupçon fondé» de recours au travail des enfants<sup>21</sup>. Un soupçon repose sur une indication concrète ou sur plusieurs indices venant de l'intérieur ou de l'extérieur de l'entreprise. Cela soulève la question de savoir comment des soupçons fondés, ou l'absence de soupçons, peuvent être établis sans qu'il soit nécessaire d'être soumis à un devoir de diligence en premier lieu.

Enfin, l'article 964j CO prévoit une exemption générale pour les entreprises qui respectent une réglementation internationalement reconnue et équivalente. L'entreprise qui invoque cette exception doit préciser la norme à laquelle elle se réfère dans son rapport et l'appliquer dans son ensemble<sup>22</sup>. Cette exemption vise à récompenser les entreprises qui respectent et appliquent déjà pleinement les normes internationales. Toutefois, les critères permettant d'évaluer si une entreprise respecte les normes internationales mentionnées ne sont pas claires. Bien que la référence aux standards internationaux et la volonté d'aligner les exigences nationales en matière de devoir de diligence sur ceux-ci vont dans la bonne direction, les critères permettant de contrôler le respect de ces standards restent indéterminés. Il s'agit clairement d'un aspect qui mériterait quelques précisions.

Concrètement, les entreprises soumises au devoir de diligence doivent mettre en place un système de gestion qui contient quatre éléments. Premièrement, le système de gestion exige l'adoption d'une politique relative à la chaîne d'approvisionnement, à

inclure dans leurs contrats avec les fournisseurs, tant en ce qui concerne les minerais que le travail des enfants. Elles doivent également permettre aux personnes et aux organisations intéressées d'apporter des informations sur les risques liés à leur chaîne d'approvisionnement<sup>23</sup>.

Deuxièmement, les entreprises doivent établir un système de traçabilité de leur chaîne d'approvisionnement<sup>24</sup>. Les importateurs de minerais, par exemple, doivent indiquer et documenter le nom du fournisseur, le pays d'origine ainsi que le volume et la date d'extraction des minerais. Si les minerais proviennent d'une zone de conflit, des informations supplémentaires sont requises, telles que la mine d'origine, les lieux où les minéraux sont consolidés, commercialisés ou traités, ainsi que toutes les taxes et autres paiements effectués en rapport avec les minéraux en question. Quant aux produits ou aux services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants, cette obligation exige que les entreprises décrivent le produit et indiquent le nom et l'adresse du fournisseur ainsi que tous les sites de production ou tous les prestataires de services, et tous les composants du produit tout au long de la chaîne d'approvisionnement<sup>25</sup>.

Troisièmement, les entreprises doivent identifier et évaluer les risques sur la base de leur politique de chaîne d'approvisionnement et de leur système de traçabilité<sup>26</sup>. Quatrièmement, elles doivent adopter un plan de gestion afin de réduire les risques identifiés dans la mesure du possible<sup>27</sup>.

C'est surtout la question de la mise en œuvre de ces devoirs de diligence qui est lacunaire dans la loi. Hormis une vérification annuelle de l'obligation de diligence

<sup>17</sup> Robert Caruana, Andrew Crane, Stefan Gold, Genevieve LeBaron, *Modern Slavery in Business: The Sad and Sorry State of a Non-Field*, 60(2) *Business and Society* 2021, pp. 251-287.

<sup>18</sup> Art. 694j al. 1 ch. 1 CO et Art. 2 ODiTr (avant-projet).

<sup>19</sup> Art. 964 al. 1 ch. 2 CO et Art. 2 ODiTr (avant-projet).

<sup>20</sup> Art. 3 ODiTr (avant-projet).

<sup>21</sup> Art. 4 ODiTr (avant-projet).

<sup>22</sup> Art. 6 ODiTr (avant-projet). L'ordonnance cite les standards internationaux suivants: Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou de zones à haut risque; Règlement de l'Union européenne sur les minerais provenant de zones de conflit; Conventions n° 138 et 182 de l'Organisation Internationale du Travail sur le travail des enfants et l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants à l'intention des entreprises.

<sup>23</sup> Art. 7 et 8 ODiTr.

<sup>24</sup> Art. 9 et 10 ODiTr.

<sup>25</sup> Rapport explicatif de l'ODiTr, pp. 20-22.

<sup>26</sup> Art. 11 ODiTr.

<sup>27</sup> Art. 12 ODiTr (avant-projet).

en matière de minerais par une entreprise de révision agréée par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision<sup>28</sup>, le seul mécanisme d'application prévu, est une sanction pénale pouvant aller jusqu'à 100 000 francs suisses pour ne pas avoir fourni un rapport annuel sur la mise en œuvre des devoirs de diligence<sup>29</sup>. Ce n'est donc pas le manque de diligence qui est sanctionné, mais le fait de ne pas soumettre un rapport tel qu'exigé.

#### 4. Tour d'horizon européen et international

Au cours de la campagne précédant la votation populaire sur l'initiative pour des entreprises responsables, le gouvernement avait souligné que les nouvelles obligations pour les entreprises s'alignaient sur la législation d'autres pays européens. Cela est correct dans une certaine mesure. La législation suisse se calque effectivement, bien que de manière sommaire, sur la directive 2014/95 de l'Union européenne sur les rapports non financiers, sur le Règlement européen 2017/821 fixant un devoir de diligence pour les importateurs de minerais provenant de zones de conflit et sur la loi hollandaise de diligence relative au travail des enfants<sup>30</sup>. Pour être tout à fait précis, toutefois, le gouvernement a néanmoins passé sous silence la loi française de 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre. Cette loi était la première à consacrer un devoir de diligence en matière de droits humains et d'environnement pour les entreprises, et à prévoir une responsabilité pour faute en cas de dommage<sup>31</sup>.

Il n'empêche que le contre-projet indirect souffre d'au moins trois faiblesses. Tout d'abord, il intervient à un moment où le débat international

s'oriente vers des exigences de diligence couvrant l'ensemble des droits humains internationalement reconnus et les standards environnementaux internationaux, et non vers une approche sectorielle. En juin dernier, l'Allemagne a adopté sa loi de diligence raisonnable dans la chaîne d'approvisionnement<sup>32</sup>. La Norvège en a fait de même, bien que celle-ci ne couvre pas les questions environnementales<sup>33</sup>. Des discussions sont également en cours au niveau de l'Union européenne. Le Parlement européen a recommandé l'adoption d'une directive sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises. Ces instruments adoptent tous une approche transversale et non sectorielle. L'approche suisse semble donc en partie déjà dépassée.

Ensuite, la nouvelle législation sur le devoir de diligence ne reflète pas les standards internationaux de diligence des entreprises en matière de droits humains, tels que les Principes directeurs des Nations Unies ou les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Au-delà du fait que ces standards recommandent également que le devoir de diligence s'applique à l'ensemble des droits humains internationalement reconnus<sup>34</sup>, la diligence devrait dépendre du risque d'impacts négatifs et non de la taille de l'entreprise. À cet égard, exempter totalement les PME du devoir de diligence en matière de travail des enfants, même pour les pires formes de travail d'enfants, n'est tout simplement pas défendable. S'il est incontestable que le respect du devoir de diligence est un défi pour les PME et que des exigences claires et un soutien ciblé seront nécessaires, les entreprises à risque doivent y être assujetties quelle que soit leur taille.

Finalement, l'absence de mécanisme de contrôle pose la question de l'utilité pratique de la nouvelle réglementation suisse. Les législations sur le devoir de diligence récemment adoptées, que ce soit en France, en Allemagne et en Norvège ou celles en cours de discussion, comme la directive européenne citée ci-dessus, contiennent toutes des mécanismes de mise en œuvre, soit par le biais d'une responsabilité administrative, soit basée sur la responsabilité civile.

#### 5. Conclusion

Les dispositions du contre-projet indirect à l'initiative populaire pour des entreprises responsables devraient entrer en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2022 et s'appliqueraient aux entreprises dès l'exercice 2023. Pour certaines entreprises, cela signifie qu'elles seront soumises à de nouvelles obligations de transparence et de diligence en matière de minerais provenant de zones de conflit et de travail des enfants. En revanche, il n'y aura aucun mécanisme particulier de responsabilité juridique pour ces entreprises.

Pour certains, le contre-projet indirect est un pas dans la bonne direction. Pour d'autres, il s'agit d'une manœuvre visant à ralentir l'adoption d'une loi transversale de diligence raisonnable couvrant l'ensemble des droits humains internationalement reconnus et les standards internationaux. L'expérience suisse a néanmoins nourri un débat très productif sur la mise en œuvre des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme en droit national. L'adoption de nouvelles lois auprès de nos voisins européens et les discussions relatives à une directive européenne sur la question vont relancer le débat très prochainement en Suisse. ■

<sup>28</sup> Art. 13 ODITr (avant-projet).

<sup>29</sup> Art. 325ter CP.

<sup>30</sup> La loi hollandaise n'est d'ailleurs toujours pas en vigueur.

<sup>31</sup> Sandra Cossart, Jérôme Chaplier, Tiphaine Beau de Loménie, *The French Law on Duty of Care: A Historic Step Towards Making Globalization Work for All*, 2(2) *Business and Human Rights Journal* 2017, pp. 317-323.

<sup>32</sup> Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Sorgfaltspflichtengesetz) du 11 juin 2021.

<sup>33</sup> Loi danoise sur la transparence des entreprises et les droits humains fondamentaux au travail de 15 juin 2021.

<sup>34</sup> Voir par exemple le Principe 12 des Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme.