

AVIS DE DROIT RÉALISÉ SUR MANDAT DE L'ASSOCIATION PUBLIC EYE

Bref résumé de l'avis de droit

Les risques liés au secteur des matières premières sont connus : violation des droits humains, atteintes à l'environnement, corruption et blanchiment d'argent en découlant. Certains constituent des infractions pénales, d'autres non. Du point de vue de l'entreprise active dans les matières premières, les risques peuvent provenir de l'intérieur (violation(s) commise(s) au sein de l'entreprise) ou de l'extérieur (violation(s) commise(s) par un partenaire commercial). De manière générale, ils existent tout au long de la chaîne de valeur. Le secteur des matières premières et les risques y afférents ont fait, depuis une dizaine d'années, l'objet de nombreux rapports, certains généraux d'autres sectoriels, tant au niveau suisse que supranational.

Du fait de leur exposition particulière, les entreprises actives dans ce domaine sont spécialement concernées par les divers instruments internationaux, qui relèvent de la soft law et qui ont trait à ce que la langue anglaise désigne sous les termes « Business and Human Rights ». Sur le plan régional, l'Union européenne a amorcé un processus d'élaboration de règles contraignantes, d'abord en matière de transparence (publications d'informations non financières) avant de proposer, au début de l'année 2022, un cadre juridique relatif au devoir de vigilance des entreprises en matière de droits humains et d'impact environnemental. Au niveau suisse, le bilan législatif est maigre. Le cadre juridique suisse contraignant spécifiquement dédié au secteur des matières premières est quasiment inexistant. Le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent ne s'applique directement que de manière tout à fait limitée à ce secteur ; en outre, comme le présent avis de droit le démontre, il n'apparaît pas approprié pour appréhender (tous) les risques typiques au domaine. Enfin, il est clair que le seul arsenal pénal, qui suppose la commission d'infractions pénales et ne dit rien des mesures concrètes destinées à la prévention de ces infractions, est certes nécessaire mais en aucun cas suffisant pour réduire les incidences négatives des entreprises actives dans les matières premières sur les droits humains et l'environnement et lutter contre la corruption dans le domaine.

Si les risques liés au secteur des matières premières ont été identifiés et documentés, les autorités suisses affichent une réticence certaine à s'engager dans la voie d'une « vraie » réglementation et continuent (pour l'instant) à privilégier l'autorégulation. Mais les limites de la « bonne volonté » des entreprises ont clairement été démontrées, raison pour laquelle le présent avis de droit préconise l'adoption de normes contraignantes. Un cadre législatif applicable (spécifiquement ou notamment) au secteur des matières premières, centré sur des mesures de vigilance en matière de respect des droits humains, d'impact environnemental et de lutte contre la corruption, et dont une autorité étatique de surveillance serait chargée de contrôler la bonne application, apparaît aujourd'hui nécessaire.

Table des matières

I.	Introduction.....	5
II.	Les risques relatifs au secteur des matières premières.....	7
A.	Remarques liminaires.....	7
B.	Les risques d'incidence négative sur les droits humains et l'environnement	9
C.	Les risques de corruption et de blanchiment d'argent.....	13
III.	Le cadre juridique suisse applicable au secteur des matières premières : état des lieux.....	17
A.	Les points d'ancrage de la réflexion du Conseil fédéral : les rapports de base de 2013 et 2018 17	
B.	Les réglementations et initiatives internationales non contraignantes	22
1.	Un survol des réglementations et initiatives concernant la Suisse.....	22
2.	Le guide du DFAE et du SECO de 2018 pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU par le secteur du négoce des matières premières	27
3.	La Norme 2019 de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) 29	
C.	Les obligations de transparence sur des questions non financières, les devoirs de diligences prévus par le Code des obligations et leur comparaison avec la réglementation de l'Union européenne.....	32
1.	Remarques liminaires	32
2.	Les règles de transparence sur les questions non financières (ou les questions de durabilité).....	33
a.	Le droit suisse : art. 964a à 964c CO	33
b.	Les directives de l'UE	37
i.	La directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014.....	37
ii.	La directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022	39
c.	Une comparaison et un bilan intermédiaire.....	44
3.	Le devoir de transparence des grandes entreprises actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires.....	47
a.	Le droit suisse : art. 964d à 964i CO	47
b.	La directive 2013/34/UE du 26 juin 2013	49
c.	Une comparaison et un bilan intermédiaire.....	51
4.	Les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants	53
a.	Le droit suisse : art. 964j à 964l CO	53
b.	Le règlement 2017/821/UE du 17 mai 2017.....	56
c.	Une comparaison et un bilan intermédiaire.....	58
D.	Les instruments de lutte contre la corruption.....	60

E.	Les instruments de lutte contre le blanchiment d'argent	64
1.	Remarques liminaires	64
2.	Le volet répressif.....	65
3.	Le volet préventif.....	71
a.	Remarques liminaires	71
b.	Le champ d'application matériel	73
i.	Les intermédiaires financiers.....	73
ii.	Les négociants.....	81
c.	Les (non) remises en cause du système	82
F.	Synthèse.....	86
IV.	Des pistes de réflexion pour une amélioration du cadre juridique existant	88
A.	Les développements européens et la « tentative avortée » helvétique.....	88
1.	Remarques liminaires	88
2.	La proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive 2019/1937/UE	89
3.	La tentative manquée de l'initiative sur les multinationales responsables	97
4.	Le règlement de l'UE relatif aux chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation » et le lien avec le droit suisse	99
5.	L'appréciation helvétique de la directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022 et de la proposition de directive sur le devoir de vigilance de la Commission européenne	102
B.	Une proposition <i>de lege ferenda</i> pour le secteur des matières premières.....	105
1.	Les risques de violation des droits humains, d'atteinte à l'environnement de corruption 105	
2.	Le recours à l'arsenal anti-blanchiment ?	110
V.	Conclusion : les réponses aux questions posées.....	113
	Bibliographie	117

I. Introduction

Le présent avis de droit porte sur le cadre juridique suisse relatif au secteur des matières premières. Plus particulièrement, il se concentre sur la lutte contre la réalisation de certains risques typiques au domaine. Deux distinctions, que le lecteur doit garder en tête au fil de la lecture de nos propos, doivent d'emblée être effectuées. La première concerne la nature de ces risques : certains constituent des infractions pénales (corruption, blanchiment d'argent, atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle, violation du droit pénal de l'environnement), d'autres non (violation des droits humains non couverte par le droit pénal, transgression de normes environnementales non protégées par le droit pénal). Les instruments visant à combattre les flux financiers illicites, en particulier l'arsenal anti-blanchiment, n'appréhendent que la première catégorie de risques. La seconde distinction a trait à l'/aux auteur(s) de la violation : il peut s'agir d'(un) agent(s) « interne(s) » à l'entreprise active dans le secteur des matières premières – condition indispensable, en droit suisse, pour que la responsabilité *pénale* de l'entreprise elle-même puisse entrer en ligne de compte¹ –, ou d'un partenaire d'affaires, auquel cas se pose toute la question du contrôle exercé sur autrui (soit le concept sur lequel se base le volet préventif de la législation anti-blanchiment).

Dans cette optique, un premier chapitre sera consacré à la présentation des risques typiques au secteur des matières premières (II.). Il s'agira, dans un deuxième chapitre, d'énumérer les principaux instruments dédiés à la problématique, qui s'inscrit dans celle, beaucoup plus générale, de la responsabilité sociétale des entreprises (ci-après : « RSE »)², en particulier des multinationales. Ce sera également l'occasion de présenter les mesures mises en œuvre sur le plan international et national, qui visent

¹ Cf. art. 102 al. 1 du Code pénal suisse (RS 311.0) : entre autres conditions, la responsabilité pénale d'une entreprise en droit suisse suppose que l'infraction ait été commise « au sein » de l'entreprise, soit par une personne qui entretient un lien hiérarchique et organisationnel avec celle-ci (cf. sur cette condition *infra* III.D. et E.2.).

² Pour les multiples définitions en la matière, cf. NERI-CASTRACANE, thèse, p. 46 ss. Celle de la Commission européenne est probablement la plus simple et la plus générale : « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (CE, Communication, p. 7).

à réglementer de façon (plus) solide le secteur des matières premières en Suisse, étant précisé que plusieurs de ces mesures ne visent pas spécifiquement les sociétés de matières premières mais, de manière plus générale, toutes les (grandes) entreprises (III.B. et C.). Ce chapitre se poursuit avec une présentation du dispositif suisse de lutte contre la corruption et les flux financiers illicites, dans le but de réfléchir sur l'aptitude des instruments anti-blanchiment à appréhender les risques pénaux découlant du négoce de matières premières (III.D. et E.). Après un bref bilan du droit actuel (III.F.), le chapitre suivant se compose de pistes de réflexion, alimentées par les développements européens actuels et la récente initiative (rejetée) dite des « multinationales responsables » (IV.A.) : il y sera discuté de l'opportunité d'envisager une réglementation spécifique – avec surveillance à la clé – du secteur (IV.B.1.) et de l'intégration, de manière plus complète qu'à l'heure actuelle, du domaine des matières premières au régime anti-blanchiment existant (IV.B.2.).

Dans le présent avis, nous nous référons aux notions telles que définies par l'administration fédérale. Ainsi, nous entendons par matières premières « les matières premières énergétiques (par ex. le pétrole ou le gaz naturel), les matières premières minérales (par ex. le cuivre, le fer, l'aluminium ou l'or) et les matières premières agricoles (par ex. les céréales, le sucre, le café ou le coton) »³. Au sens large, le négoce de matières premières comprend la production⁴, l'achat, le transport, le stockage, la transformation et la vente de ces produits⁵. Est concernée par la législation suisse toute entreprise exerçant ce type d'activités et opérant sur, ou depuis, le territoire helvétique.

Par ailleurs nous ne traitons pas des problématiques afférentes à la responsabilité civile des entreprises⁶, à la fiscalité des entreprises⁷, aux manipulations de marché

³ PIMP, Rapport de base 2013, n° 2 et, sur la structure du marché des matières premières, voir également p. 12. Voir également CF, Rapport de base 2018, p. 12 ss ; DFAE/SECO, Guide, p. 7.

⁴ Nous entendons par production « l'exploration, la prospection, la découverte, l'exploitation et l'extraction » (cf. art. 964d al. 4 CO).

⁵ DFAE/SECO, Guide, p. 7. Voir également, IHRB, Mapping Study, p. 9 et 32 ; CARNOT, p. 25.

⁶ Même si cette thématique sera ponctuellement mentionnée.

⁷ À ce propos, voir CF, Rapport de base 2018, p. 25 s. et 33 ; PIMP, Rapport de base 2013, p. 3, 20, 23 (exemple de l'extraction du cuivre en Zambie).

(art. 142 s. LIMF)⁸, aux produits dérivés sur matières premières (voir not. art. 118 LIMF)⁹ et aux sanctions internationales (LEMB)¹⁰.

II. Les risques relatifs au secteur des matières premières

A. Remarques liminaires

La Plateforme interdépartementale pour les matières premières (ci-après : « Plateforme interdépartementale »)¹¹ en 2013 et le Conseil fédéral *in corpore* en 2018 ont, chacun, rédigé un rapport de base visant à dresser un état des lieux du secteur suisse des matières premières et à définir les perspectives¹². Entre ces deux rapports, en 2017, l'Institute for Human Rights and Business (ci-après : « IHRB »)¹³ a effectué une analyse d'impact du secteur des matières premières sur les droits humains¹⁴. Cette étude constitue la base d'un guide, publié par le DFAE et le SECO en 2018, contenant les bonnes pratiques en matière de responsabilité sociale des entreprises dans le secteur du négoce des matières premières¹⁵. Entre 2013 et 2021, le Conseil fédéral a publié des rapports de suivi relatifs à la mise en œuvre des recommandations

⁸ À ce propos, voir CARNOT, p. 35.

⁹ CF, Rapport de base 2018, p. 16 et 47 ; CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 4 et 7. Sur l'historique de la modification de la LIMF, voir PIMP, Rapport de base 2013, p. 14 et 26 à 28 ; CF, Rapport Avancement 2014, p. 5 s. ; CF, Rapport Avancement 2015, p. 6 s. ; CF, Rapport Avancement 2016, p. 6 ; CF, Rapport de base 2018, p. 8.

¹⁰ Les mesures de coercition édictées par la Suisse peuvent déployer des effets sur le négoce de matières premières (cf. art. 1 al. 3 let. a LEMB). Elles sont prononcées, dans des situations spécifiques, dans le but d'inciter des Etats à respecter le droit international public (art. 1 al. 1 LEMB). L'examen du régime suisse de sanctions internationales n'entre donc pas dans le champ de notre analyse visant à déterminer s'il convient de modifier la réglementation du secteur des matières premières. Sur la question des sanctions internationales en lien avec le secteur des matières premières, voir PIMP, Rapport de base 2013, p. 3, 21 et 30 ss, à teneur duquel la Suisse s'aligne sur les décisions du Conseil de sécurité de l'ONU et s'associe, depuis 1998, dans pratiquement tous les cas importants, aux sanctions décidées par l'Union européenne.

¹¹ La Plateforme interdépartementale est composée des Département fédéral des affaires étrangères (DFAE), Département fédéral des finances (DFF) et Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR).

¹² PIMP, Rapport de base 2013 ; CF, Rapport de base 2018.

¹³ L'IHRB est une ONG (basée à Londres) qui se présente comme le principal groupe de réflexion sur les entreprises et les droits humains.

¹⁴ A propos de la méthodologie, voir IHRB, Mapping Study, p. 8 ss.

¹⁵ DFAE/SECO, Guide, p. 5.

formulées dans les rapports de base¹⁶. Ces documents constituent le fondement factuel de notre analyse des risques spécifiques au secteur des matières premières¹⁷.

L'exposé des risques requiert, à titre liminaire, une brève *description de l'activité* du négoce des matières premières. L'activité d'un négociant consiste dans le « déplacement de la matière première dans l'espace et dans le temps »¹⁸. Les entreprises de négoce sont « acti[ves] comme intermédiaire[s] entre le producteur, d'autres négociants, l'industrie et le consommateur, et [leur] activité est généralement disséminée sur plusieurs sites au niveau mondial »¹⁹. Outre l'achat et la vente de matières premières, elles sont susceptibles de participer à leur production (en amont), à leur transport et à leur stockage (en milieu de chaîne) ou encore à leur transformation en produits finis, voire à la vente au détail (en aval)²⁰. Ces sociétés varient considérablement dans leur taille, leur forme juridique et leur stratégie commerciale²¹. Le secteur du négoce des matières premières travaille également en étroite collaboration avec d'autres acteurs, notamment des institutions financières, des compagnies d'assurance, des sociétés d'inspection, des fournisseurs de certification ou encore d'autres entreprises, telles que des prestataires de transport ou de stockage²².

Les risques mis en exergue par les rapports de l'administration fédérale et de l'IHRB peuvent être classés en deux catégories principales : (i) les violations des droits

¹⁶ CF, Rapport Avancement 2014 ; CF, Rapport Avancement 2015 ; CF, Rapport Avancement 2016 ; CF, Rapport Mise en œuvre 2021.

¹⁷ Voir également, CF, Rapport or 2018, p. 5 (risques des violations des droits humains causés par la production d'or).

¹⁸ PIMP, Rapport de base 2013, p. 14.

¹⁹ CF, Rapport de base 2018, p. 27.

²⁰ DFAE/SECO, Guide, p. 7 s. ; PIMP, Rapport de base 2013, p. 6 et 14.

²¹ DFAE/SECO, Guide, p. 7. Voir également, OFS, Négociants, p. 3 s.

²² DFAE/SECO, Guide, p. 8.

humains²³ et les atteintes à l'environnement (cf. *infra* II.B.) ; (ii) la corruption et le blanchiment d'argent y relatif (cf. *infra* II.C.)²⁴.

B. Les risques d'incidence négative sur les droits humains et l'environnement

Les risques d'incidence négative sur les droits humains et l'environnement sont présents *tout au long du processus de négoce*, raison pour laquelle nous avons choisi de les décrire dans l'ordre chronologique de la chaîne de valeur.

Certaines entreprises suisses actives dans le négoce des matières premières procèdent elles-mêmes *à la production (au sens large) des matières premières, en particulier à l'extraction des matières premières énergétiques et minérales ou la production des matières premières agricoles*²⁵. Si les activités de production varient selon les matières premières, elles sont toutes susceptibles de provoquer des incidences négatives sur les droits humains, que les rapports déclinent en termes de conditions de travail précaires ou dangereuses, de travail des enfants, de travail forcé, de discrimination des travailleurs étrangers, d'expropriation des terres et de déplacements forcés²⁶. Par ailleurs, la production de matières premières implique nécessairement une atteinte à l'environnement, notamment en raison de la déforestation, de l'utilisation de pesticides, du changement d'affectation des sols, de l'appauvrissement du sol, de l'utilisation excessive d'eau, de la pollution de l'eau ou de l'air ou encore du rejet de gaz à effet de serre²⁷. Les conséquences sont particulièrement graves lors de l'extraction de matières premières non renouvelables, telles que les métaux²⁸ ou les énergies fossiles²⁹. À titre d'exemple, l'exploitation minière (extraction, traitement et

²³ Le présent avis de droit définit la notion de « droits humains » selon le principe 12 des Principes directeurs de l'ONU : « *La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme porte sur les droits de l'homme internationalement reconnus – à savoir, au minimum, ceux figurant dans la Charte internationale des droits de l'homme et les principes concernant les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail de l'Organisation internationale du Travail* » (dans ce sens, cf. également DFAE/SECO, Guide, p. 10).

²⁴ PIMP, Rapport de base 2013, p. 2 et 37 s.

²⁵ PIMP, Rapport de base 2013, p. 6 et 12 ; CF, Rapport 2018, p. 3 et 13 (avec constat d'une tendance au développement de l'activité des entreprises de négoce tout au long de la chaîne de valeur).

²⁶ PIMP, Rapport de base 2013, p. 38 ; IHRB, Mapping Study, p. 49 s.

²⁷ IHRB, Mapping Study, p. 49.

²⁸ CF, Rapport de base 2018, p. 26.

²⁹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 39.

élimination) entraîne souvent une érosion, une perte de la biodiversité ainsi que la contamination des sols³⁰ et des nappes phréatiques³¹. Elle génère également des déchets, le plus souvent toxiques³². Enfin, en raison de la valeur des investissements et des produits extraits, les sociétés extractives font protéger les mines par des « forces de sécurité »³³, ce qui entraîne des risques de violation des droits des travailleurs, des peuples autochtones et des communautés avoisinantes³⁴. Si les entreprises productrices sous-treatent tout ou partie de l'activité de production, l'impact sur les droits humains et l'environnement dépend fortement du choix des partenaires commerciaux, des directives qui leur sont données ainsi que de leur surveillance³⁵.

Les entreprises de négoce qui ne produisent pas elles-mêmes les matières premières doivent les *acheter* auprès d'entreprises tierces, le plus souvent (semi-)étatiques s'agissant du négoce des matières premières énergétiques et minérales³⁶. Alors que les entreprises extractrices sont en mesure d'influencer directement les conditions de production et, ce faisant, l'impact sur les droits humains et l'environnement de leurs activités, les entreprises de négoce jouent un rôle indirect à travers leurs décisions d'achats³⁷. Dans le cadre de l'étude réalisée par l'IHRB, les sociétés de négoce interrogées ont déclaré qu'elles avaient peu de moyens de pression sur leurs partenaires, que ce soit sur le plan commercial ou contractuel, lorsqu'elles étaient confrontées à des informations révélant des problèmes potentiels en matière de droits humains³⁸. De nombreuses personnes interrogées ont laissé entendre que, même si une entreprise décidait de ne pas acheter des matières premières à une certaine société, une autre le ferait, de sorte que le « levier » que constituait la politique

³⁰ CF, Rapport de base 2018, p. 26.

³¹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 39. Voir également, CF, Rapport de base 2018, p. 24 s., dans lequel le Conseil fédéral fournit toutefois des informations moins précises.

³² CF, Rapport de base 2018, p. 26.

³³ PIMP, Rapport de base 2013, p. 38.

³⁴ DFAE/SECO, Guide, p. 13.

³⁵ DFAE/SECO, Guide, p. 14 (en général pour le secteur des matières premières).

³⁶ PIMP, Rapport de base 2013, p. 23 ; CF, Rapport 2018, p. 24.

³⁷ CF, Rapport de base 2018, p. 26.

³⁸ IHRB, Mapping Study, p. 23 s.

d'achat d'une (seule) entreprise ne serait pas efficace³⁹. Les divers documents consultés convergent dans leur constat : certaines entreprises sises en Suisse achètent des matières premières à des sociétés qui ne respectent pas les droits humains, financent des conflits (guerres, activités militaires ou terrorisme⁴⁰), détériorent l'environnement ou encore acquièrent les matières premières de « manière illégale »⁴¹. Pour les entreprises non productrices, l'enjeu se situe donc principalement au niveau de l'origine et de la traçabilité des matières premières négociées.⁴²

En lien avec les activités d'extraction et d'achat, l'administration relève deux *risques accrus* : (i) les minerais en provenance de zones de conflit⁴³ et (ii) les mines artisanales⁴⁴. S'agissant du premier risque, elle observe, sur la base des travaux de l'OCDE⁴⁵, que, dans les zones politiquement instables, l'extraction et le commerce de minerais peuvent conduire directement ou indirectement à des conflits armés et à des violations des droits humains (ainsi qu'à des pratiques corruptives, puis au blanchiment du produit de ces pratiques⁴⁶). Les minerais identifiés comme « à risques » sont l'étain, le tantale, le tungstène et l'or (« minerais de conflit »)⁴⁷. En ce qui concerne le second risque, l'administration, se fondant notamment sur des informations communiquées en 2013 par une grande partie des représentations suisses à l'étranger, parvient à la conclusion que les violations graves des droits

³⁹ IHRB, Mapping Study, p. 23 s.

⁴⁰ On rappellera d'ailleurs que le financement du terrorisme constitue une infraction pénale (art. 260^{quinquies} CP), et qu'après les attentats du 11 septembre 2001, la lutte contre le financement du terrorisme est venue se greffer à la lutte contre le blanchiment d'argent (cf. CASSANI, RDS II 2008, p. 256 ss). Depuis 2009, l'intitulé de la loi sur le blanchiment d'argent est « loi fédérale concernant le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier ».

⁴¹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 20 ; IHRB, Mapping Study, p. 15 s. ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s. Cette notion sera précisée dans la partie II.C.

⁴² CF, Rapport de base 2018, p. 27 ; IHRB, Mapping Study, p. 50.

⁴³ PIMP, Rapport de base 2013, p. 34 et 43 ; CF, Rapport de base 2018, p. 24 s.

⁴⁴ CF, Rapport de base 2018, p. 23. Selon diverses estimations, les mines de « petite taille » assurent « plus de la moitié » des activités d'extraction dans plusieurs pays d'Afrique, dont la République démocratique du Congo (cf. PIMP, Rapport de base 2013, p. 20). En 2013, les entreprises suisses pointées du doigt contestaient ces critiques (*ibidem*).

⁴⁵ OCDE, Guide Conflit, p. 8 ss.

⁴⁶ A ce propos, voir *infra* II.C.

⁴⁷ PIMP, Rapport de base 2013, p. 34.

humains et les atteintes environnementales sont plus fréquentes dans les petites mines (dont la proportion n'est pas négligeable)⁴⁸.

L'activité de négoce de matières premières consistant, par définition et comme déjà indiqué, dans le déplacement de la matière première d'un lieu à un autre⁴⁹, le *transport* y occupe une place importante. Les risques liés au transport, y compris le chargement et le déchargement des charges, concernent, en matière de droits humains, les conditions de travail des employés, la santé et la sécurité sur le lieu de travail (y compris les pratiques dangereuses en matière de transport routier ou la piraterie sur les navires de marchandises), le travail des enfants et le travail forcé ainsi que la discrimination des travailleurs étrangers⁵⁰. En matière environnementale, les principaux problèmes identifiés sont le rejet de polluants⁵¹ et de déchets, le transport d'espèces envahissantes, les accidents de navigation et la perte de cargaison qui s'ensuit, ainsi que les émissions de gaz à effet de serre⁵². Les incidences négatives des entreprises de négoce peuvent être directes ou indirectes, selon si celles-ci opèrent elles-mêmes ou sous-traitent le transport.

Entre les diverses étapes du processus de négoce, l'entreprise propriétaire doit veiller au *stockage* des matières premières. Les risques y relatifs sont de même nature que ceux concernant le transport. En lien avec les droits humains, ce sont principalement le risque de déplacements des peuples autochtones lors de la construction d'entrepôts et les conditions de travail des employés qui posent problème⁵³. S'agissant de l'impact environnemental, les risques essentiels concernent la contamination des terres avoisinantes ou de l'eau potable par les émissions provenant du lieu de stockage⁵⁴. Les incidences négatives des entreprises de négoce peuvent être directes ou indirectes, selon si celles-ci opèrent elles-mêmes ou sous-traitent tout ou partie de

⁴⁸ PIMP, Rapport de base 2013, p. 20 et 38. Voir également, CF, Rapport de base 2018, p. 23 et, pour plus de détails, CIMM, InBrief, *in toto*.

⁴⁹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 14.

⁵⁰ IHRB, Mapping Study, p. 49 ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s.

⁵¹ CF, Rapport de base 2018, p. 23.

⁵² IHRB, Mapping Study, p. 49 ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s.

⁵³ IHRB, Mapping Study, p. 49 ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s.

⁵⁴ IHRB, Mapping Study, p. 49 ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s.

l'activité de stockage (p. ex. la sous-traitance de la protection du lieu de stockage à une force de sécurité privée⁵⁵).

Les risques liés à la *transformation* des matières premières se matérialisent en particulier dans des conditions de travail dangereuses dans les fonderies et les raffineries, la réinstallation forcée des communautés aux fins de construction d'installations de transformation, l'émission de polluants nocifs pour la santé dans l'air et la pollution des eaux⁵⁶. À nouveau, les incidences négatives des entreprises de négoce peuvent être directes ou indirectes, selon si celles-ci effectuent elles-mêmes ou sous-traitent la transformation.

Enfin, au stade de la *vente*, les principaux risques sont liés au fait que les matières premières vendues peuvent, en raison d'un problème en amont de la chaîne de valeur ou d'une utilisation erronée, causer de graves dommages pour la santé des personnes ou l'environnement (p. ex. concentré de cuivre à forte teneur en mercure ou résidus de pesticides dans les produits agricoles)⁵⁷.

En substance, pour les entreprises suisses de négoce, les *principaux risques* d'incidences négatives sur les droits humains et l'environnement se situent au niveau de la production et l'achat des matières premières et, tout au long de la chaîne de valeur, dans leurs relations d'affaires avec des prestataires externes.

C. Les risques de corruption et de blanchiment d'argent

De manière générale, la corruption et le blanchiment d'argent qui s'ensuit – infractions désignées, de manière imprécise dans certains rapports, par l'expression « *flux illégaux de capitaux* »⁵⁸ – « entravent sérieusement la mobilisation des ressources nationales dans les pays émergents et en développement »⁵⁹. Ces infractions

⁵⁵ DFAE/SECO, Guide, p. 13. Sur cette notion, voir *infra* III.B.1.

⁵⁶ IHRB, Mapping Study, p. 49 ; DFAE/SECO, Guide, p. 13 s.

⁵⁷ DFAE/SECO, Guide, p. 13 s. ; IHRB, Mapping Study, p. 50.

⁵⁸ L'expression « flux illégaux de capitaux » devrait logiquement désigner le processus visant à blanchir les produits du crime (soit l'infraction de blanchiment) mais non le crime préalable (qui peut être de toute nature), soit la corruption.

⁵⁹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 23.

constituent un obstacle important « à la bonne gouvernance et à la croissance économique » des pays en développement⁶⁰.

Si les entreprises de négoce de matières premières sont susceptibles d'être impliquées dans des infractions pénales très diverses, comme le vol⁶¹, l'escroquerie, le financement du terrorisme ou la manipulation de cours⁶², le plus grand risque encouru est toutefois, précisément, la *corruption*⁶³. Plusieurs facteurs expliquent que le secteur des matières premières y soit fortement exposé⁶⁴. Tout d'abord, la production des matières premières énergiques et minérales fait partie du domaine régalién, ce qui implique fréquemment la présence d'entreprises (semi-)étatiques et, ce faisant, un risque élevé de versements de pots-de-vin⁶⁵. En particulier, l'attribution « de marchés publics, l'octroi de licences, le paiement de redevances, la constitution de monopoles ou les prescriptions douanières » sont toutes des procédures sujettes à des actes de corruption⁶⁶. L'instrument de financement que constitue les prêts adossés à des ressources naturelles (« *resource-backed loan* »), régulièrement octroyés par des sociétés de matières premières à des gouvernements ou des entreprises d'Etat est également identifié comme « à risque » du fait notamment de ses modalités généralement opaques⁶⁷. La problématique est accentuée par la provenance de la majeure partie des matières premières, en particulier énergétiques et minérales, « de pays au contexte fragile où le problème de corruption est particulièrement répandu »⁶⁸. Enfin, le marché des matières premières se caractérise par un manque de transparence⁶⁹. D'une part, de nombreux acteurs du marché mettent en place des structures

⁶⁰ PIMP, Rapport de base 2013, p. 23.

⁶¹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 22.

⁶² CF, Rapport 2020, p. 7.

⁶³ CF, Rapport 2020, p. 7.

⁶⁴ PIMP, Rapport de base 2013, p. 39 ; CF, Rapport 2020, p. 16 ; GCBF, Rapport 2021, p.

⁶⁵ CF, Rapport 2020, p. 7 ; GCBF, Rapport 2019, p. 23 s.

⁶⁶ PIMP, Rapport de base 2013, p. 40. Voir également, CF, Rapport Avancement 2014, p. 7 ; CF, Rapport 2016, p. 8 ; CF, Rapport 2020, p. 7.

⁶⁷ Voir MIHALYI/ADAM/HWANG, en particulier p. 13 et 18 à 20 ; OECD, Typology, Section « Additional risks associated with the use of non-conventional sales agreements ».

⁶⁸ PIMP, Rapport de base 2013, p. 39. Voir également, CF, Rapport 2016, p. 8 ; CF, Rapport 2020, p. 7 ; GCBF, Rapport 2019, p. 26.

⁶⁹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 40 ; GCBF, Rapport 2015, p. 123 ; CF, Rapport 2016, p. 8 ; CF, Rapport 2020, p. 7 et 17.

complexes, le plus souvent dans le but de dissimuler le véritable ayant droit économique de sociétés opérationnelles ou de comptes bancaires⁷⁰. D'autre part, la dissimulation des pots-de-vin peut prendre la forme d'une « sur- ou une sous-facturation minimale d'unités de vente achetées par millions », facilitée par les sommes d'argent élevées en jeu et les volumes importants d'unités de vente⁷¹.

Les actes de corruption peuvent être commis dans des pays de production afin d'obtenir des marchés publics⁷², des licences ou des concessions⁷³. En premier lieu, des sociétés extractives obtiennent, grâce au versement d'un pot-de-vin à un agent de l'État ou de l'entreprise (semi-)étatique, la *concession d'une mine*, ou, dans le cas où le marché leur aurait été de toute façon octroyé, bénéficient d'un prix sous-évalué⁷⁴. À titre d'exemple, en 2013, la représentation suisse en République démocratique du Congo et des organisations non gouvernementales (ONG) actives sur place soulignaient « le flou qui entoure l'octroi des concessions minières, vendues à vil prix à des femmes ou hommes d'affaires proches du gouvernement »⁷⁵. En deuxième lieu, des sociétés de négoce offrent, promettent ou octroient des avantages indus à un agent de l'État étranger ou de l'entreprise (semi-)étatique dans le but d'obtenir un *contrat d'achat* de matières premières, ou des conditions d'achat plus favorables⁷⁶. En troisième lieu, des comptes bancaires suisses sont susceptibles d'être utilisés pour transférer ou recevoir des pots-de-vin en lien avec les transactions précitées⁷⁷.

⁷⁰ GCBF, Rapport 2015, p. 123. Voir également, PIMP, Rapport de base 2013, p. 40 ; IHRB, Mapping Study, p. 50 ; GCBF, Rapport 2019, p. 23 ; CF, Rapport 2020, p. 7 et 16 s.

⁷¹ CF, Rapport 2020, p. 7 et 17. Voir également, CF, Rapport 2016, p. 8.

⁷² GCBF, Rapport 2015, p. 123.

⁷³ CF, Rapport 2013, p. 40. Voir également, RYBI/LONGCHAMP, p. 251.

⁷⁴ Dans le même sens, RYBI/LONGCHAMP, p. 251. Voir également ATF 147 IV 479, c. 6.3 et 6.5.1 à 6.5.4, commenté *in* BURGNER, et à teneur duquel, pour déterminer si et dans quelle mesure les bénéfices d'un contrat conclu par corruption doivent être confisqués, il convient d'établir si le contrat avait un contenu illégal, si la conclusion du contrat relevait du pouvoir discrétionnaire du fonctionnaire corrompu ou même s'il existait un droit à la prestation, ou encore si le contrat, et donc le bénéfice qui en résulte, aurait été conclu même sans le versement du pot-de-vin.

⁷⁵ PIMP, Rapport de base 2013, p. 20. Voir également GE TCorr, 22.01.2021, JT/CO/6/2021, c. 3.2.4 (Guinée : « les concessions minières ont été obtenues par le biais de la corruption du Président [guinéen] » ; non définitif, procédure d'appel en cours).

⁷⁶ RYBI/LONGCHAMP, p. 250.

⁷⁷ CF, Rapport 2020, p. 8. Voir également, GCBF, Rapport 2015, p. 122 ; GCBF, Rapport 2019, p. 24.

S'agissant des risques de *blanchiment d'argent*, une société de négoce peut être amenée à acheter, au moyen des valeurs patrimoniales *d'origine licite*, des matières premières acquises par une autre société au moyen d'une infraction pénale, p. ex. le vol ou un contrat d'exploitation entaché de corruption d'un agent public⁷⁸, ou extraites par une société grâce à la commission d'une infraction pénale, p. ex. l'usure ou la traite d'êtres humains⁷⁹. La commission d'une infraction au moment de la production ou de l'acquisition des matières premières peut avoir pour conséquence que celles-ci doivent être considérés comme constituant le produit d'un crime et sont donc susceptibles de faire l'objet de blanchiment d'argent. Par ailleurs, des valeurs patrimoniales *de provenance illicite* sont susceptibles d'être utilisées comme moyen de paiement pour acquérir des matières premières auprès de sociétés de négoce sises en Suisse⁸⁰. Les matières premières présentent des caractéristiques monétaires, en ce sens qu'elles sont « [f]ongibles, miscibles, stockables [et] immédiatement réalisables (liquides) »⁸¹. Des opérations commerciales sur matières premières peuvent ainsi facilement servir à dissimuler l'origine illicite de valeurs patrimoniales⁸². À noter que dans le commerce de métaux précieux, où l'or occupe une place prépondérante, le risque de blanchiment est double⁸³. D'une part, les matières précieuses peuvent être acquises de manière criminelle (provenance illicite de ces biens)⁸⁴. D'autre part, des matières précieuses peuvent être utilisées à des fins de blanchiment (acquisition de ces biens au moyen d'avoirs illicites)⁸⁵.

Entre 2009 et 2018, le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) a reçu « *plusieurs milliers de communications de soupçons* » concernant des activités de négoce de matières premières, en particulier d'énergies fossiles⁸⁶. La corruption

⁷⁸ Cf. à cet égard, l'ATF 147 IV 479, c. 6.3 et 6.5.1 à 6.5.4, le commentaire de BURGNER et les indications sous n. 74.

⁷⁹ RYBI/LONGCHAMP, p. 253, avec mention du travail des enfants.

⁸⁰ RYBI/LONGCHAMP, p. 252

⁸¹ GAFI, Rapport Typologies 1996-97, § 53 ; RYBI/LONGCHAMP, p. 252.

⁸² RYBI/LONGCHAMP, p. 252.

⁸³ GCBF, Rapport 2015, p. 102 et 104.

⁸⁴ GCBF, Rapport 2015, p. 102.

⁸⁵ GCBF, Rapport 2015, p. 102.

⁸⁶ CF, Rapport 2020, p. 7.

est l'infraction qui apparaît le plus souvent dans ces communications⁸⁷. Ces affaires – dont le scandale Petrobras constitue « l'incarnation » – sont en lien avec des opérations de production de matières premières ou de négoce, en particulier la commercialisation de matières premières vendues par des sociétés étatiques⁸⁸. La corruption implique souvent des personnes exposées politiquement ou des agents publics étrangers exerçant un contrôle effectif de l'offre des matières premières dans le pays de production ou des personnes qui leur sont proches⁸⁹.

III. Le cadre juridique suisse applicable au secteur des matières premières : état des lieux

A. Les points d'ancrage de la réflexion du Conseil fédéral : les rapports de base de 2013 et 2018

Dans leurs rapports respectifs de 2013 et 2018, la Plateforme interdépartementale et le Conseil fédéral observent que l'application de la législation et des standards internationaux relève principalement de la responsabilité du pays hôte où les matières premières sont produites ou négociées⁹⁰. Toutefois, dans les « pays en développement fragiles » ou « qui connaissent des conflits », les capacités insuffisantes de l'État ou la présence d'acteurs corrompus au sein des gouvernements, de l'administration et de la justice entravent l'application des dispositions légales⁹¹. En matière de protection de l'environnement, la Plateforme relève spécifiquement que non seulement la densité de la réglementation, mais également son application varient fortement selon les régions du monde⁹². Le Conseil fédéral n'est pas davantage optimiste. Se prononçant sur l'exploitation des ressources, il considère que les cadres réglementaires nationaux sont certes souvent détaillés mais que leur mise en œuvre n'est toutefois pas effective⁹³. Compte tenu de

⁸⁷ CF, Rapport 2020, p. 7 s.

⁸⁸ GCBF, Rapport 2019, p. 24.

⁸⁹ CF, Rapport 2020, p. 8 ; GCBF, Rapport 2015, p. 123.

⁹⁰ PIMP, Rapport de base 2013, p. 3 et 38 ; CF, Rapport de base 2018, p. 3.

⁹¹ PIMP, Rapport de base 2013, p. 3 et 38 ; CF, Rapport de base 2018, p. 3.

⁹² PIMP, Rapport de base 2013, p. 39.

⁹³ CF, Rapport de base 2018, p. 34.

l'environnement à risque dans lequel elles opèrent, les entreprises de production et de négoce de matières premières endossent une *responsabilité particulière* dans leurs activités, notamment concernant le respect des droits humains, la protection de l'environnement et la prévention de la corruption⁹⁴. Dans le prolongement de ces constats, le Conseil fédéral indique attendre « des entreprises opérant en Suisse ou à partir de la Suisse un comportement intègre et responsable quant au respect des droits de l'homme ainsi que des normes sociales et environnementales, en Suisse comme à l'étranger »⁹⁵.

En vue de la promotion d'une production et un négoce de matières premières durables sur les plans économique, social et environnemental, la Plateforme interdépartementale tient, en 2013, pour nécessaire de renforcer les standards relatifs à la transparence et à l'obligation de rendre compte. Dans les pays industrialisés tels que la Suisse, elle préconise, en premier lieu, des renforcements « dans les domaines de la surveillance des marchés financiers (afin de lutter contre la corruption et le blanchiment d'argent), de la politique fiscale internationale et de la présentation des comptes des entreprises »⁹⁶. En deuxième lieu, elle recommande d'améliorer « l'application des standards minimaux internationaux existants, par le biais de la législation ou en recourant à d'autres moyens permettant d'influer sur les activités des multinationales dans les pays en développement exportateurs de matières premières, notamment par rapport aux droits de l'homme, à la protection de l'environnement et aux investissements (responsabilité sociétale des entreprises) »⁹⁷. En conclusion de la partie consacrée aux risques, la Plateforme interdépartementale retient que la Suisse contribue déjà à « ces efforts » en participant au débat international par le biais de sa politique de développement, en respectant les standards internationaux et en adaptant au besoin son cadre légal⁹⁸.

⁹⁴ PIMP, Rapport de base 2013, p. 3 et 37 s. ; CF, Rapport de base 2018, p. 3.

⁹⁵ CF, Rapport de base 2018, p. 3 et, en d'autres termes, p. 41. Voir également, PIMP, Rapport de base 2013, p. 3, 38 et 40 s.

⁹⁶ PIMP, Rapport de base 2013, p. 24.

⁹⁷ PIMP, Rapport de base 2013, p. 24.

⁹⁸ PIMP, Rapport de base 2013, p. 24.

En 2018, le Conseil fédéral estime que la Suisse doit, sur le plan international, « poursuivre son engagement pour le développement, la promotion et l'amélioration des normes globales, ainsi que pour leur mise en œuvre dans le cadre de processus multilatéraux, intergouvernementaux et multipartites »⁹⁹. En particulier, elle est tenue de s'impliquer « pour que les pays émergents et ceux qui négocient des matières premières adhèrent à ces normes, pour que celles-ci ne perdent pas de leur crédibilité comme valeurs de référence »¹⁰⁰. Sont notamment visés les instruments multilatéraux de lutte contre la corruption et les flux financiers illicites ainsi que les normes en matière de RSE et de sécurité des personnes¹⁰¹.

Sur le terrain de la protection de l'environnement, le Conseil fédéral constate qu'aucun accord international global ne porte sur les aspects relatifs à l'extraction des matières premières¹⁰². La prise en compte des exigences environnementales dans ce secteur repose surtout sur des standards et des principes non contraignants¹⁰³, et parfois inefficaces¹⁰⁴. Le gouvernement considère que, pour réduire les effets sur l'environnement des activités de production et de négoce de matières premières, la Suisse doit, d'une part, « poursuivre son engagement en faveur de l'élaboration de directives environnementales internationales destinées au secteur des matières premières, en s'engageant au Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) et en se basant notamment sur les travaux de l'IRP¹⁰⁵, de l'OCDE, de l'UE

⁹⁹ CF, Rapport de base 2018, p. 41 et, pour une liste des engagements, p. 8 s.

¹⁰⁰ CF, Rapport de base 2018, p. 41.

¹⁰¹ CF, Rapport de base 2018, p. 41.

¹⁰² CF, Rapport de base 2018, p. 35.

¹⁰³ CF, Rapport de base 2018, p. 34 s. Ainsi, les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises contiennent des recommandations sur la responsabilité environnementale des entreprises et leur impact sur l'environnement. Voir également, PIMP, Rapport de base 2013, p. 39.

¹⁰⁴ CF, Rapport de base 2018, p. 34 et nbp 75, à teneur de laquelle « [d]es études ont identifié d'importants problèmes qui affaiblissent l'efficacité de ces initiatives, voire les rendent contre-productives : absence de « buy-in » par les acteurs-clés, absence de monitoring et respect, concentration sur des aspects non prioritaires ou spécifiques empêchant une prise en compte plus globale des problèmes, prolifération des standards, manque de théorie du changement, etc. ». A ce propos, voir aussi IRP, Mineral, not. p. 6 ss (executive summary).

¹⁰⁵ International Resource Panel. La mission de l'IRP est de fournir des évaluations scientifiques indépendantes, cohérentes et faisant autorité, pertinentes pour les politiques, sur l'utilisation durable des ressources naturelles et, en particulier, sur leurs impacts environnementaux sur l'ensemble du cycle de vie ainsi que de contribuer à une meilleure compréhension sur la manière de dissocier la croissance économique de la dégradation de l'environnement.

et de la CEE-ONU¹⁰⁶ », d'autre part, « s'engager en faveur du renforcement de la dimension environnementale des initiatives et normes internationales spécifiques existantes, notamment via les travaux de l'OCDE, du Groupe des amis du paragraphe 47¹⁰⁷ et de la CEE-ONU »¹⁰⁸.

Sur le plan interne, le Conseil fédéral observe que, dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, il a tenu compte de l'évolution du droit international et s'est inspiré de la réglementation européenne pour proposer des normes relatives à la transparence dans les grandes sociétés extractrices de matières premières, singulièrement une obligation de communiquer sur les paiements effectués au profit de gouvernements (cf. actuellement art. 964*d* à 964*i* CO, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021)¹⁰⁹.

Dans son rapport, le gouvernement évoque également l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » (ci-après : « Initiative multinationales responsables »), déposée en octobre 2016¹¹⁰. Il indique partager le bien-fondé des objectifs de l'initiative mais considérer que celle-ci « va trop loin »¹¹¹. Enfin, le Conseil fédéral estime que la mise en œuvre de la responsabilité sociétale des entreprises actives dans la production et le négoce peut être appréhendée avec des outils tels que les Principes directeurs de l'OCDE sur les entreprises multinationales, les Principes directeurs de l'ONU, le Guide OCDE sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises ou encore le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque¹¹². Dans

¹⁰⁶ Commission économique des Nations Unies pour l'Europe. L'objectif majeur de la CEE-ONU est de promouvoir l'intégration économique paneuropéenne. Cette plateforme multilatérale favorise notamment le développement durable. La Suisse en est membre depuis 1972.

¹⁰⁷ Ce groupe réunit des pays qui se sont engagés à développer l'obligation de rendre compte des entreprises sur la soutenabilité de leurs activités à travers la mesure de leurs impacts environnementaux et sociaux.

¹⁰⁸ CF, Rapport de base 2018, p. 43 (recommandation n° 12) ; cf. aussi *supra* II.B.

¹⁰⁹ CF, Rapport 2018, p. 17. Voir également, CF, Message SA, p. 356 ; CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 5 ; OFJ, Propositions UE, p. 5. A ce propos, voir *infra* III.C.3.

¹¹⁰ Sur cette initiative, cf. *infra* IV.A.3.

¹¹¹ Pour des détails, voir CF, Rapport 2018, p. 17 s. ; CF, Message Multinationales, p. 6000 s. ; voir aussi *infra* IV.A.3.

¹¹² CF, Rapport 2018, p. 24. A ce propos, voir *infra* III.B.1. et C.4.

cette optique et tel que précédemment mentionné¹¹³, le DFAE et le SECO, en collaboration avec un groupe multipartite (cantons, société civile et secteur privé) ont publié, en 2018, un Guide pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU dans le secteur du négoce des matières premières¹¹⁴.

En 2020, le Conseil fédéral rappelle que les systèmes de *compliance* des négociants se fondent sur une base juridiquement non contraignante¹¹⁵. Il relève que les pratiques de gestion des risques des entreprises varient en fonction de leur taille, les grands négociants ayant en règle générale des politiques et systèmes de contrôles plus développés¹¹⁶. Un instrument juridiquement non contraignant visant à harmoniser les pratiques de diligence raisonnable devrait être envisagé afin de renforcer l'intégrité du secteur et valider la pratique déjà établie de certains négociants¹¹⁷. Au regard de ce qui précède, la solution proposée par l'administration fédérale¹¹⁸, puis le Conseil fédéral lui-même en 2020, consiste toujours à privilégier les « réglementations et initiatives internationales volontaires »¹¹⁹. Le gouvernement ne semble pas envisager (pour l'heure) une modification de la législation suisse visant à introduire, pour les entreprises en général ou celles actives dans les matières premières en particulier, des devoirs de vigilance en matière de droits humains, d'impact environnemental ou de lutte contre la corruption.

¹¹³ Voir *supra* II.A.

¹¹⁴ A ce propos, voir *infra* III.B.2.

¹¹⁵ CF, Rapport 2020, p. 19.

¹¹⁶ CF, Rapport 2020, p. 19.

¹¹⁷ CF, Rapport 2020, p. 19.

¹¹⁸ PIMP, Rapport de base 2013, p. 38.

¹¹⁹ CF, Rapport 2020, p. 19.

B. Les réglementations et initiatives internationales non contraignantes

1. Un survol des réglementations et initiatives concernant la Suisse

La présente section a pour but de présenter succinctement les principales initiatives internationales pertinentes pour la régulation du secteur des matières premières en Suisse¹²⁰ :

Année	Organisation / Pays	Initiative
1976 (1 ^{ère} éd.) 2011 (révision) ¹²¹	OCDE	Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales
Ces principes s'adressent aux entreprises multinationales exerçant leurs activités dans ou depuis les pays adhérents. Ils contiennent des recommandations destinées à favoriser une conduite raisonnable des entreprises dans un environnement mondialisé, en conformité avec les législations applicables et les normes internationalement admises. Leur contenu n'est pas spécifique au secteur du négoce des matières premières. La Suisse est membre de l'OCDE depuis 1960.		
2000 2011 (CH) ¹²²	Multipartite	Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme
Cette initiative réunit plusieurs parties prenantes (société civile, industrie des matières premières, États membres) et vise à empêcher les violations des droits		

¹²⁰ PIMP, Rapport de base 2013, p. 38, 40 s. et 49 (recommandation n° 9) ; CF, Rapport Avancement 2015, p. 14 ; CF, Rapport Avancement 2016, p. 14 ; CF, Rapport de base 2018, p. 25, 30 et 43 (recommandations n° 6 et 7) ; CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 9.

¹²¹ Voir OCDE, Principes directeurs.

¹²² Voir Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, disponible uniquement en ligne sous <https://www.voluntaryprinciples.org/> (dernière consultation le 2 décembre 2022).

humains par les forces de sécurité dans le secteur des matières premières et de l'énergie. Les recommandations sont réparties en trois sections : (i) évaluation du risque, (ii) relations avec les forces de sécurité publiques¹²³ et (iii) relations avec les forces de sécurité privées. La Suisse y a adhéré en qualité de « *participating government* » en 2011.

2003 ¹²⁴	ITIE	Principes de l'ITIE
---------------------	------	---------------------

L'Initiative relative à la transparence des industries extractives (ITIE) est une norme mondiale visant à promouvoir une gestion transparente et responsable des matières premières. Les Principes de l'ITIE servent de cadre général aux objectifs et engagements de toutes les parties prenantes¹²⁵. La Suisse soutient cette initiative depuis 2009.

2011 (1 ^{re} éd.) 2013 (2 ^e éd.) 2016 (3 ^e éd.) ¹²⁶	OCDE	Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque
---	------	---

Ce guide est destiné aux entreprises du secteur des matières premières actives dans des zones de conflit ou à haut risque. Il fournit une aide aux entreprises dans la gestion des risques liés à la chaîne d'approvisionnement, pour éviter que leurs activités contribuent indirectement à soutenir un conflit ou à violer les droits humains.

¹²³ Les forces de sécurité publique sont liées à l'État ou au gouvernement hôte. Ils comprennent l'armée, la police et d'autres forces spéciales, p. ex. la police des mines, la police du pétrole, etc. Leur mandat et leur structure de commandement et de contrôle sont fixées par le gouvernement. Les Principes volontaires s'appliquent aux fournisseurs de sécurité publique à chaque fois qu'ils protègent les biens de l'entreprise, notamment les mines, les plateformes, les usines de traitement, les fonderies, les pipelines, les ports, les équipements, les véhicules, etc.

¹²⁴ ITIE, Norme, Chapitre 1, section 1.

¹²⁵ Pour plus de détails sur l'ITIE, voir *infra* III.B.3.

¹²⁶ Voir OCDE, Guide Conflits.

2011 ¹²⁷	ONU	Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme
<p>Ces principes constituent le premier cadre de référence reconnu internationalement et fixant les responsabilités de l'État et des acteurs privés en matière de protection ou de respect des droits humains dans le contexte de la mondialisation. Ils ne créent pas d'obligations juridiques nouvelles. Leur contenu n'est pas spécifique au secteur du négoce des matières premières. La Suisse est membre de l'ONU depuis 2002.</p>		
2013 ¹²⁸	Suisse	Better Gold Initiative
<p>Cette initiative développe des filières pour une production responsable de l'or et offre un marché pour de l'or produit par des mines artisanales respectant des standards volontaires de durabilité. Elle est mise en œuvre par le SECO en coopération avec les acquéreurs d'or en Suisse (raffineurs, bijoutiers, banquiers) regroupés au sein de la Swiss Better Gold Association (SBGA).</p>		
2016 ¹²⁹	OCDE / FAO ¹³⁰	Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables
<p>Ce Guide a été élaboré, entre octobre 2013 et septembre 2015, sous la direction d'un groupe consultatif comprenant des représentants de pays membres et non membres de l'OCDE, du secteur privé et de la société civile. Il s'adresse à toutes les entreprises de la filière agricole, nationales comme étrangères, privées comme publiques, petites, moyennes ou grandes. Y sont contenues des recommandations à propos notamment des droits humains, du droit du travail, de la santé et de la</p>		

¹²⁷ Voir ONU, Principes directeurs.

¹²⁸ Voir le site internet de la Swiss Better Gold Initiative, disponible sous <https://www.swissbettergoldassociation.ch/> (dernière consultation le 2 décembre 2022).

¹²⁹ OCDE/FAO, Guide Filières Agricoles.

¹³⁰ Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO).

sûreté, de la protection de l'environnement et de l'exploitation durable des ressources naturelles. Le document préconise l'adoption, par les entreprises concernées, d'un processus de diligence raisonnable basé sur les risques permettant (i) d'identifier, d'évaluer et de hiérarchiser les risques associés aux filières agricoles, (ii) de prévenir les impacts négatifs (réels et potentiels) des activités agricoles et (iii) de mettre en place des systèmes pour gérer et atténuer les risques. Il incite également les entreprises à rendre compte de la réponse apportée aux risques sous la forme d'un rapport.

2017 ¹³¹	OCDE	Guide sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif
---------------------	------	---

Ce guide vise à favoriser la prise en considération, par les entreprises des industries du minerai, du pétrole et du gaz, des intérêts des parties prenantes (p. ex. la population locale, les employés et les travailleurs des mines artisanales) lors de leur examen de diligence. Il conduit les entreprises à impliquer les parties prenantes dans leurs processus de planification et de prise de décision et, ainsi, à contribuer au développement social et économique.

2018 ¹³²	OCDE	Guide sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises
---------------------	------	--

Ce guide contient des recommandations pratiques destinées aux entreprises sur l'examen de diligence dans les chaînes de valeur. Ces recommandations concernent les thèmes traités dans les Principes directeurs de l'OCDE. Le guide s'adresse à toutes les entreprises dont les chaînes de valeur présentent des risques, indépendamment de leur secteur d'activité et de leur taille. Il contribue également

¹³¹ Voir OCDE, Guide Diligence.

¹³² Voir OCDE, Guide Diligence.

à l'application des Principes directeurs de l'ONU. Son contenu n'est pas spécifique au secteur du négoce des matières premières.

2019¹³³

ITIE

La Norme ITIE 2019

La Norme ITIE présente notamment les exigences applicables aux parties prenantes, en particulier les pays qui se sont engagés à les respecter. Elle requiert des informations sur toute la chaîne de valeur, de l'octroi des droits d'exploitation jusqu'à la redistribution des richesses. Elle est relativement détaillée et sa mise en œuvre contrôlée par un conseil d'administration multipartite composé de représentants de gouvernements, d'entreprises actives dans le secteur de l'extraction, d'organisations non gouvernementales, d'investisseurs institutionnels et d'organisations internationales.

2021¹³⁴

OCDE

Principes directeurs pour des contrats extractifs durables

Ces principes indiquent notamment comment développer des projets extractifs reflétant l'équilibre des risques et bénéfiques, tout en tenant compte dès le départ des intérêts et des préoccupations des communautés locales. Ils apportent un cadre au contenu et à la négociation des contrats extractifs, permettant de réduire les risques de litiges et les demandes de renégociation, et de s'adapter de manière prévisible aux conditions qui prévalent sur les marchés.

¹³³ Voir ITIE, Norme.

¹³⁴ Voir OCDE, Principe directeurs Extractifs.

2. Le guide du DFAE et du SECO de 2018 pour la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU par le secteur du négoce des matières premières

En Suisse, le DFAE et le SECO ont mandaté l'IHRB pour qu'il collabore avec les représentants des différents groupes de parties prenantes (Cargill, Glencore, Swiss Trading and Shipping Association, Bread for All, Public Eye, SWISSAID, canton de Genève) aux fins d'établir des directives pour le secteur du commerce des matières premières sur la mise en œuvre des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (ci-après : « Principes directeurs de l'ONU »)¹³⁵. Ces directives se matérialisent dans un guide intitulé « *The Commodity Trading Sector Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights* » (ci-après : « Guide SMC »)¹³⁶. Ce dernier n'est ni juridiquement contraignant ni destiné à remplacer des normes existantes.

Le Guide SMC concerne principalement le deuxième pilier des Principes directeurs de l'ONU, à savoir la *responsabilité incombant aux entreprises* de respecter les droits humains. En particulier, il concrétise la « procédure de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme » décrite à l'art. 17, à savoir : (i) l'évaluation des incidences négatives effectives et potentielles sur les droits humains (cf. ég. art. 18)¹³⁷, (ii) le regroupement des constatations et l'implémentation de mesures (cf. ég. art. 19)¹³⁸, (iii) le contrôle de l'efficacité des mesures prises (cf. ég. art. 20)¹³⁹ et (iv) la communication à l'externe des mesures prises pour remédier aux incidences (cf. ég. art. 21)¹⁴⁰. Enfin, lorsque les entreprises constatent qu'elles ont eu des incidences

¹³⁵ Ce guide se fonde sur l'étude cartographique publiée par l'IHRB en mars 2017 (cf. IHRB, Mapping Study, *in extenso*). Sur le processus d'élaboration, CF, Rapport Avancement 2014, p. 14 ; CF, Rapport Avancement 2015, p. 15.

¹³⁶ CF, Rapport de base 2018, p. 43 (recommandation n° 7) ; CF, Rapport 2020, p. 15 ; CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 5 et 10 s.

¹³⁷ A ce propos, voir DFAE/SECO, Guide, p. 26 à 38, en particulier p. 26 (actions clés). Voir également, p. 19 à 25 sur l'engagement politique de l'entreprise (art. 16 Principes directeurs).

¹³⁸ A ce propos, voir DFAE/SECO, Guide, p. 38 à 44, en particulier p. 39 s. (actions clés).

¹³⁹ A ce propos, voir DFAE/SECO, Guide, p. 45 à 48, en particulier p. 45 (actions clés).

¹⁴⁰ A ce propos, voir DFAE/SECO, Guide, p. 48 à 52, en particulier p. 49 (actions clés).

négatives, ou y ont contribué, elles devraient prévoir des mesures de réparation ou collaborer à leur mise en œuvre suivant des procédures légitimes (art. 22)¹⁴¹.

La *procédure* mise en place devrait viser les incidences négatives sur les droits humains que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales (art. 17 let. a et 18 phr. 1)¹⁴². À titre d'exemples, une société de négoce « peut avoir » un impact négatif si elle exerce une discrimination à l'encontre des femmes ou des minorités raciales dans ses pratiques d'embauche, si elle viole le droit du travail sur les navires qu'elle-même ou une de ses filiales possède ou si des communautés sont affectées négativement par l'un de ses entrepôts de stockage¹⁴³. Par ailleurs, l'entreprise « peut contribuer par ses propres activités » à avoir un impact négatif en recommandant à un fournisseur d'entrepôts de stockage d'engager une société de sécurité privée ayant des antécédents de violations des droits humains et qui commet ensuite des actes de violence à l'encontre de personnes manifestant contre l'extension de l'entrepôt¹⁴⁴. Enfin, dans le cadre de « ses relations commerciales », une entreprise peut acheter ou vendre des matières premières extraites ou transportées par d'autres entreprises qui violent les droits humains¹⁴⁵.

La procédure devrait s'avérer *plus ou moins complexe* suivant la taille de l'entreprise, la gravité des incidences susceptibles d'être causées ainsi que la nature et le cadre des activités (let. b ; cf. ég. art. 18 let. b, 19 let. b et 21 phr. 2). Elle devrait être adaptée en permanence, dès lors que les risques en matière de droits humains peuvent changer au fur et à mesure de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise (let. c).

¹⁴¹ A ce propos, voir DFAE/SECO, Guide, p. 52 à 56, en particulier p. 53 (actions clés).

¹⁴² DFAE/SECO, Guide, p. 17.

¹⁴³ DFAE/SECO, Guide, p. 17.

¹⁴⁴ DFAE/SECO, Guide, p. 17.

¹⁴⁵ DFAE/SECO, Guide, p. 17.

3. La Norme 2019 de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE)

En 2003, des gouvernements, des entreprises et des organisations non gouvernementales ont lancé l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE). Ils sont convenus des Principes de l'ITIE, établissant l'ITIE en tant qu'organisation multipartite¹⁴⁶. Cette initiative volontaire vise « à rendre transparents les flux financiers au profit des gouvernements des pays d'extraction des matières premières, de même que les contrats de prospection et la propriété effective des entreprises, contribuant ainsi directement à la lutte contre la corruption transnationale dans le domaine des matières premières »¹⁴⁷. Concrètement, les entreprises extractives sont tenues de publier, dans des rapports annuels, les versements au profit de gouvernements. Ces montants sont ensuite comparés aux recettes des pouvoirs publics en vue d'identifier les disparités et de détecter les « flux illicites »¹⁴⁸.

Modifiées pour la dernière fois en 2019, les Exigences de la Norme ITIE¹⁴⁹ – au nombre de sept – constituent les obligations à charge de toutes les parties prenantes. Le Guide pour la mise en œuvre de la Norme ITIE les résume succinctement comme suit :

- L'Exigence 1 « exige un *suivi efficace* par les parties prenantes, assuré notamment par un groupe multipartite fonctionnel qui associe le gouvernement et les entreprises, et requiert la pleine participation indépendante, active et effective de la société civile ».
- L'Exigence 2 « exige que les *divulgations contiennent des informations sur la gestion du secteur extractif* et permettent aux parties prenantes de comprendre les lois et procédures relatives à l'octroi de droits d'exploration et de production, le cadre

¹⁴⁶ Voir ITIE, Norme, Chapitre 1, section 1.

¹⁴⁷ CF, Rapport 2020, p. 15.

¹⁴⁸ CF, Rapport 2016, p. 18.

¹⁴⁹ Voir ITIE, Norme, Chapitre 1, section 3.

juridique, réglementaire et contractuel s'appliquant au secteur extractif et les responsabilités institutionnelles de l'État dans la gestion du secteur ».

- L'Exigence 3 « exige la *divulgation d'informations liées à l'exploration et à la production*, permettant aux parties prenantes de comprendre le potentiel du secteur ».
- L'Exigence 4 « exige une *divulgation exhaustive des paiements des entreprises et des revenus de l'État* provenant des industries extractives »¹⁵⁰.
- L'Exigence 5 « exige la *divulgation d'informations liées à l'affectation des revenus*, permettant aux parties prenantes de comprendre comment les revenus figurent au budget national et, le cas échéant, aux budgets des entités infranationales, ainsi que de retrouver les dépenses sociales par entreprise ».
- L'Exigence 6 « encourage la *divulgation d'informations liées à la gestion des revenus et aux dépenses*, permettant d'aider les parties prenantes à évaluer dans quelle mesure le secteur extractif permet d'obtenir les résultats et impacts sociaux, économiques et environnementaux souhaités ».
- L'Exigence 7 « portant sur *les résultats et l'impact* cherche à assurer l'engagement des parties prenantes dans un dialogue sur la gestion des revenus tirés de ces ressources »¹⁵¹.

Le processus ITIE prévoit un mécanisme de validation, qui permet d'évaluer la performance et de promouvoir le dialogue et l'apprentissage au niveau des pays. Ce mécanisme est conçu pour fournir à toutes les parties prenantes une évaluation impartiale de la conformité de la mise en œuvre des dispositions de la Norme ITIE dans chaque pays¹⁵².

¹⁵⁰ Voir en particulier, ITIE, Directives, not. p. 5 s., soit des obligations à charge des entreprises qui achètent du pétrole, du gaz et des minéraux auprès des gouvernements.

¹⁵¹ ITIE, Guide, *in extenso*. Les textes sont directement tirés du Guide. Nous avons mis en exergue.

¹⁵² Voir ITIE, Norme, Chapitre 1, section 4.

Au 1^{er} janvier 2023 plus de 50 pays se sont engagés – dits « pays ITIE » – à renforcer la transparence et la redevabilité de la gestion de leur secteur extractif en mettant en œuvre la Norme ITIE¹⁵³.

Depuis 2009, la Suisse, sans y avoir adhéré en tant que « pays ITIE », soutient cette initiative en finançant sa gestion ainsi qu'en apportant un soutien ciblé à la transparence du commerce des matières premières dans les pays mettant en œuvre l'ITIE. À la suite de la co-organisation d'une réunion du Conseil d'administration de l'ITIE à Berne en 2015, la Suisse s'est engagée dans le groupe de travail de l'ITIE sur la transparence du commerce des matières premières, d'abord en finançant des activités pilotes de 2016 à 2019, puis en finançant des projets spécifiques à partir de fin 2019. La Suisse est représentée au Conseil d'administration de l'ITIE par le président du collège des pays soutenant l'ITIE, qui comprend la Suisse, l'Allemagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas et la Commission européenne¹⁵⁴.

Sise en Suisse, l'entreprise Trafigura Group a annoncé en novembre 2014 qu'elle publierait, sur une base volontaire, ses paiements à des pays extracteurs¹⁵⁵. Elle a rendu public ses paiements au profit des gouvernements de plusieurs pays extractifs concernant les années 2015 à 2020¹⁵⁶.

Selon le Conseil fédéral, la Suisse doit poursuivre son engagement au sein de l'ITIE¹⁵⁷. L'un des principaux objectifs d'un groupe de travail dont la Suisse faisait partie jusqu'à fin 2022 est d'élaborer une norme de transparence pour le commerce des matières premières que l'ITIE puisse diffuser à l'échelle mondiale par

¹⁵³ A propos du processus d'admission, voir ITIE, Norme, Chapitre 1, section 2. Pour la liste des pays, voir Site internet ITIE, Page pays, disponible sous <https://eiti.org/fr/pays> (dernière consultation le 23 janvier 2023).

¹⁵⁴ PIMP, Rapport de base 2013, p. 3, 34, 42 et 48 (recommandation n° 7) ; CF, Rapport Avancement 2014, p. 10 ; CF, Rapport Avancement 2015, p. 10 ; CF, Rapport Avancement 2016, p. 10 ; CF, Rapport 2016, p. 18 ; CF, Rapport de base 2018, p. 8 s., 29 et 48 ; CF, Rapport 2020, p. 15 ; Site ITIE, Page Suisse, disponible sous <https://eiti.org/fr/node/24640> (dernière consultation le 1^{er} décembre 2022).

¹⁵⁵ CF, Rapport Avancement 2015, p. 10.

¹⁵⁶ Site ITIE, Page Trafigura Group, disponible sous <https://eiti.org/fr/node/24528> (dernière consultation le 23 janvier 2023).

¹⁵⁷ CF, Rapport de base 2018, p. 43 (recommandation n° 7) ; CF, Rapport 2020, p. 15.

l'intermédiaire de l'OCDE¹⁵⁸. Aucune information n'avait été communiquée à ce propos au moment de la finalisation de cet avis de droit.

C. Les obligations de transparence sur des questions non financières, les devoirs de diligences prévus par le Code des obligations et leur comparaison avec la réglementation de l'Union européenne

1. Remarques liminaires

À la suite du rejet de l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » par une majorité des cantons le 29 novembre 2020¹⁵⁹, un *contre-projet indirect* est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2022. L'amendement législatif prévoit : (i) une obligation de rapport sur les questions d'environnement, les conditions de travail, les droits humains et la lutte contre la corruption pour les grandes entreprises publiques et les institutions financières (art. 964a à 964c CO), ainsi que (ii) un devoir de diligence raisonnable et une obligation de rapport dans les domaines des « minerais de conflits » et du « travail des enfants » (art. 964j à 964l CO)¹⁶⁰. Ces normes complètent les dispositions qui figuraient déjà dans le projet de révision du droit de la société anonyme¹⁶¹, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2021, et concernant le devoir de transparence des grandes entreprises actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires dans leurs paiements au profit de gouvernements (art. 964d à 964i CO)¹⁶².

La Suisse n'est pas partie à un traité l'obligeant à reprendre le droit de l'Union européenne (ci-après : « UE ») relatif aux sociétés¹⁶³. Le Conseil fédéral considère

¹⁵⁸ CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 10. Voir également, CF, Rapport 2020, p. 15.

¹⁵⁹ Arrêté du Conseil fédéral constatant le résultat de la votation populaire du 29 novembre 2020, FF 2021 891 ; cf. sur cette initiative, *infra* IV.A.3.

¹⁶⁰ CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 9.

¹⁶¹ Ce point a été intégré à la révision du droit de la société anonyme à la suite du postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » (cf. ég. CF, Rapport explicatif SA, p. 53 ss.).

¹⁶² RO 2020 4005, Code des obligations (Droit de la société anonyme) : art. 964a à 964f CO entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 2021. Pour une comparaison des trois réglementations distinctes, FORSTMOSER/KÜCHLER, Vor Art. 964a–964c et 964j–964l CO N 23 ss

¹⁶³ CF, Message SA, p. 422 ; OFJ, Propositions UE, p. 21.

néanmoins que l'adoption par notre pays d'une législation totalement indépendante en droit des sociétés poserait un certain nombre de problèmes à la place économique suisse en raison de son lien étroit avec le marché intérieur européen¹⁶⁴. En outre, les dispositions de l'UE et de la Suisse en la matière reposent fréquemment sur des conceptions similaires¹⁶⁵. Le législateur suisse veille ainsi généralement à ce que les normes adoptées soient compatibles avec la réglementation européenne, tout en écartant les dispositions qu'il tient pour non convaincantes sur le fond ou contraires à l'art. 95 al. 3 Cst., relatif à l'activité économique lucrative privée¹⁶⁶.

Notre présentation de chacune des trois réglementations introduites dans le Code des obligations se fera en trois étapes : (a) le droit suisse, (b) la réglementation européenne et (c) une comparaison entre ces normes et un bilan intermédiaire.

2. Les règles de transparence sur les questions non financières¹⁶⁷ (ou les questions de durabilité)

a. Le droit suisse : art. 964a à 964c CO

Les art. 964a à 964c CO visent à *rendre public les incidences* de l'activité de certaines grandes entreprises sur les droits humains, l'environnement et la lutte contre la corruption. Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Le premier rapport est dû pour l'exercice 2023¹⁶⁸.

L'obligation de rédiger un rapport sur les questions non financières s'applique aux sociétés d'intérêt public (art. 2 let. c LSR)¹⁶⁹ lorsque, au cours de deux exercices consécutifs et conjointement avec les entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, elles atteignent au moins 500 emplois à plein temps en moyenne¹⁷⁰ et

¹⁶⁴ CF, Message SA, p. 422.

¹⁶⁵ CF, Message SA, p. 422.

¹⁶⁶ CF, Message SA, p. 422 (pour les actuels art. 964d à 964h CO).

¹⁶⁷ Pour une critique intéressante de la distinction entre informations financières et non financières, DARBELLAY/CABALLERO CUEVAS, p. 47 ss.

¹⁶⁸ OFJ, Propositions UE, p. 5.

¹⁶⁹ Les sociétés d'intérêt public sont (i) les sociétés ouvertes au public au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 1 CO et (ii) les assujettis au sens de l'art. 3 LFINMA, qui doivent charger une société d'audit agréée au sens de l'art. 9a de la présente loi d'effectuer un audit selon l'art. 24 LFINMA.

¹⁷⁰ Soit le double d'employés par rapport aux entreprises visées à l'art. 964d CO (cf. *infra* III.C.3.a.).

présentent soit un chiffre d'affaires d'au moins CHF 40 millions ou un « total du bilan » d'au moins CHF 20 millions (art. 964a al. 1 CO)¹⁷¹. Les sociétés filles dont la société mère a déjà déposé un rapport selon le droit suisse ou étranger sont exemptées (al. 2)¹⁷².

L'art. 964b al. 1 à 5 CO règle le *contenu* du rapport :

¹ Le rapport sur les questions non financières rend compte des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO₂, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption. Le rapport contient les informations qui sont nécessaires pour comprendre l'évolution des affaires, la performance et la situation de l'entreprise ainsi que les incidences de son activité sur ces questions.

² Ce rapport comprend notamment :

1. une description du modèle commercial de l'entreprise ;
2. une description des concepts appliqués en ce qui concerne les questions mentionnées à l'al. 1, y compris les procédures de diligence mises en œuvre ;
3. une description des mesures prises en application de ces concepts ainsi qu'une évaluation de l'efficacité de ces mesures ;
4. une description des principaux risques liés aux questions mentionnées à l'al. 1 et la manière dont l'entreprise gère ces risques ; les risques déterminants sont :
 - a. ceux qui découlent de l'activité propre de l'entreprise, et
 - b. lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, ceux qui découlent de ses relations d'affaires, de ses produits ou de ses services ;
5. les indicateurs clés de performance dans les domaines mentionnés à l'al. 1, qui sont déterminants pour l'activité de l'entreprise.

³ Si le rapport se base sur des réglementations nationales, européennes ou internationales, comme les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), la réglementation applicable doit être mentionnée dans le rapport.

¹⁷¹ OFJ, Propositions UE, p. 6.

¹⁷² OFJ, Transparence, p. 11 s. ; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964a CO N 3 à 8.

En cas d'application d'une de ces réglementations, l'entreprise doit veiller à ce que les exigences du présent article soient remplies. Le cas échéant, elle doit rédiger un rapport supplémentaire.

⁴ Lorsqu'une entreprise contrôle, seule ou conjointement avec d'autres entreprises, une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères, le rapport s'étend à l'ensemble de ces entreprises.

⁵ Lorsque l'entreprise n'applique pas de concept en ce qui concerne une ou plusieurs des questions mentionnées à l'al. 1, elle intègre dans le rapport une explication claire et motivée des raisons le justifiant.

⁶ [...]

L'art. 964a CO ne prévoit pas expressément un devoir de diligence, mais uniquement une obligation de rapport¹⁷³. Selon l'OFJ, cette réglementation est néanmoins « fondé[e] sur un devoir de diligence implicite », en particulier les obligations découlant des initiatives volontaires en matière de RSE¹⁷⁴. Dans la même optique, toute obligation de rapport « doit nécessairement être précédé[e] d'un travail d'analyse »¹⁷⁵.

Ces obligations de rapport s'appliquent à toutes les entreprises assujetties, indépendamment de leur secteur d'activité. S'agissant des risques identifiés en lien avec le secteur des matières premières, l'obligation de rendre compte portera principalement sur :

- les effets actuels et prévisibles de l'activité de l'entreprise sur l'environnement, en particulier les émissions de gaz à effet de serre, la pollution de l'air, la consommation d'eau, la biodiversité, l'exploitation des terres et des ressources, la santé humaine, la sécurité et l'utilisation d'énergies renouvelables ou non¹⁷⁶ ;

¹⁷³ OFJ, Transparence, p. 7 ; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964a CO N 9 et Art. 964b CO N 4 ss. Pour plus de détails sur le contenu des différentes « questions », voir OFJ, Transparence, p. 8 ss et 13 ss.

¹⁷⁴ OFJ, Transparence, p. 7.

¹⁷⁵ OFJ, Transparence, p. 7.

¹⁷⁶ Le Conseil fédéral a adopté une ordonnance d'exécution relative au rapport des grandes entreprises suisses sur les questions climatiques (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2024). Cette ordonnance prévoit, en substance, que les grandes entreprises suisses sont tenues de mettre en œuvre les recommandations du groupe de travail sur

- le respect des droits humains par l'entreprise, en premier lieu les dispositions internationales contraignantes en la matière pour la Suisse ;
- les mesures prises par l'entreprise pour lutter contre des actes d'octroi d'un avantage indu ou de corruption publique ou privée¹⁷⁷.

L'approche « se conformer ou expliquer » permet à une entreprise de renoncer à publier des informations relatives aux questions auxquelles elle n'applique aucune politique. En contrepartie, l'entreprise doit fournir une explication claire et motivée justifiant les raisons de ce défaut de politique (art. 964a al. 5 CO)¹⁷⁸.

Le rapport sur les questions non financières doit être rédigé, annuellement, dans une langue nationale ou en anglais (art. 964b al. 6 CO)¹⁷⁹. Il doit être approuvé et signé par l'organe suprême de direction ou d'administration, puis approuvé par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels (soit l'assemblée générale dans une société anonyme ; art. 964c al. 1 CO). En revanche, il n'est pas obligatoirement soumis à un contrôle externe¹⁸⁰. Le rapport doit être accessible au public immédiatement après son approbation et pendant une durée de dix ans (art. 964c al. 2 CO)¹⁸¹.

La violation de ces obligations porte à conséquences pénales. À teneur de l'art. 325^{ter} al. 1 du code pénal suisse (CP), sont sanctionnés par une amende maximale de CHF 100'000.- les comportements intentionnels suivants : (i) l'omission d'établir le rapport sur les questions non financières, (ii) l'inscription d'indications fausses dans

l'information financière relative aux changements climatiques (*Task Force on Climate-related Financial Disclosures, TCFD*), qui sont reconnues sur le plan international. Ce rapport présentera (i) le risque financier que l'entreprise encourt en raison de ses activités liées au climat, (ii) les effets de l'activité commerciale de l'entreprise sur le climat et (iii) les objectifs que l'entreprise se propose d'atteindre pour ce qui est de la réduction de ses émissions directes et indirectes de gaz à effet de serre ainsi que la manière dont elle entend atteindre ces objectifs.

¹⁷⁷ OFJ, *Transparence*, p. 9 s.

¹⁷⁸ OFJ, *Propositions UE*, p. 6.

¹⁷⁹ Il fait l'objet d'un rapport distinct du rapport annuel (cf. OFJ, *Transparence*, p. 8 et 16).

¹⁸⁰ OFJ, *Transparence*, p. 16 ; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964a CO N 6.

¹⁸¹ Il doit également être conservé pendant dix ans (art. 958f CO),

ce rapport¹⁸² ou (iii) la violation des obligations de conservation et de documentation de ce rapport. La négligence est réprimée d'une amende maximale de CHF 50'000.- (al. 2)¹⁸³.

S'agissant d'une disposition légale de rang contraventionnel, la responsabilité pénale de l'entreprise, qui, à teneur de l'art. 102 al. 1 CP ne peut être engagée qu'en cas de crime ou de délit, est exclue.

b. Les directives de l'UE

i. La directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014

À titre de comparaison, la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014¹⁸⁴ (dite NFRD) ancre dans le droit de l'UE, singulièrement la directive 2013/34/UE, des *obligations minimales quant à la publication d'informations extra financières*. Elle s'applique depuis le 5 décembre 2014. Elle devait intégrer le droit national des pays de l'UE au plus tard le 6 décembre 2016 (art. 4)¹⁸⁵.

À teneur de la directive NFRD, les grandes entreprises doivent *publier une déclaration* qui porte sur les « questions environnementales, sociales et de personnel, de respect des droits humains et de lutte contre la corruption » (art. 19*bis* ch. 1). Outre une description de leur modèle commercial, ces entreprises sont notamment tenues de présenter pour chacune de ces questions : (i) les politiques appliquées et leur résultat, ainsi que (ii) les principaux risques résultant de leurs activités et la manière dont ces risques sont gérés (art. 19*bis* ch. 1 let. a à d). Les sociétés dont les actions sont cotées à la bourse d'un État membre et qui occupent un nombre moyen de plus de 500 employés sont concernées (art. 19*bis* ch. 1 *in limine*). La directive s'applique ainsi aussi

¹⁸² A noter que, selon certains auteurs, l'art. 152 CP, qui réprime la fourniture de faux renseignements sur des entreprises commerciales, pourrait également trouver application à certaines conditions (DARBELLAY/CABALLERO CUEVAS, p. 56 s.).

¹⁸³ A ce propos, voir OFJ, Transparence, p. 23.

¹⁸⁴ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 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 (JO L 330 du 15.11.2014, p. 1-9).

¹⁸⁵ Les entreprises concernées ont dû fournir un rapport conformément à la directive pour la première fois en 2018, portant sur l'exercice 2017.

aux groupes suisses qui possèdent des filiales actives dans l'UE et entrent dans son champ d'application¹⁸⁶.

La directive fournit quelques indications à propos des *informations extra financières* qui doivent être publiées et celles qui peuvent être omises. Ces informations doivent être publiées « dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité » (art. 19*bis* ch. 1). Les entreprises doivent ainsi communiquer les informations qui sont « significatives », à savoir celles dont l'omission de publication ou l'inexactitude risquent d'influencer les décisions de parties prenantes relatives aux affaires en question¹⁸⁷. L'évaluation des informations qui entrent dans cette catégorie est laissée à l'appréciation des entreprises concernées¹⁸⁸. Aucun « cadre de référence » – soit des lignes directrices précisant quelles informations doivent être publiées et de quelle manière¹⁸⁹ – n'est imposé aux entreprises (art. 19*bis* ch. 1). Les entreprises doivent également publier, si cela s'avère « pertinent et proportionné », des informations concernant leur chaîne d'approvisionnement et de sous-traitance, afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives existantes et potentielles (ch. 6 du préambule)¹⁹⁰.

L'approche « se conformer ou expliquer »¹⁹¹ s'applique (art. 19*bis* ch. 1). Exceptionnellement, une entreprise n'est pas contrainte de publier des informations qu'elle tient pour *confidentielles*, à moins que celles-ci ne soient indispensables à une

¹⁸⁶ CF, Rapport de base 2018, p. 30.

¹⁸⁷ CE, Lignes directrices INF, ch. 3.1 et 3.5.

¹⁸⁸ PERRIARD, p. 668.

¹⁸⁹ PERRIARD, p. 668. A teneur du ch. 9 du préambule de la directive, « les grandes entreprises relevant de la présente directive peuvent s'appuyer sur des cadres nationaux, sur les cadres de l'Union, tels que le système de management environnemental et d'audit (EMAS), ou sur des cadres internationaux, tels que le pacte mondial des Nations unies, les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme mettant en œuvre le cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies, les principes directeurs de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à l'intention des entreprises multinationales, la norme ISO 26000 de l'Organisation internationale de normalisation, la déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT, la « Global Reporting Initiative » ou d'autres cadres internationaux reconnus ».

¹⁹⁰ CF, Rapport de base 2018, p. 30. Pour les groupes, voir également art. 29*bis* (Déclaration non financière consolidée).

¹⁹¹ CF, Rapport de base 2018, p. 30. Voir également, PERRIARD, p. 668 (« appliquer ou expliquer »).

compréhension correcte de la situation et des risques (art. 19*bis* ch. 1 ; clause dite de *safe harbour*)¹⁹².

La directive institue *un contrôle* de l'établissement des déclarations extra financières par un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit (art. 19*bis* ch. 5). Le prestataire indépendant ne doit cependant que vérifier si le rapport a été « fourni » par l'entreprise, et non son contenu¹⁹³. Les États membres ont la possibilité d'exiger aussi la vérification des informations publiées (art. 19*bis* ch. 6). En outre, ils sont tenus de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives aux violations des dispositions nationales adoptées en vertu de l'art. 19*bis* (art. 51)¹⁹⁴.

ii. La directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022

Le 21 avril 2021, la Commission européenne a présenté une proposition de modification des règles de transparence sur les questions non financières (soit la directive NFRD) dans le cadre du pacte vert pour l'Europe et du programme en matière de finance durable. Après son adoption par le Parlement européen, le Conseil a donné son approbation finale à la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (dite CSRD) le 28 novembre 2022¹⁹⁵. La directive a finalement été publiée au Journal officiel le 14 décembre 2022¹⁹⁶. Certaines de ces modifications sont également pertinentes pour les entreprises actives dans le secteur des matières premières. Notre examen se limite aux points essentiels pertinents pour cette branche d'activité¹⁹⁷.

¹⁹² PERRIARD, p. 668.

¹⁹³ PERRIARD, p. 668.

¹⁹⁴ A propos de la mise en œuvre de cette directive dans des législations nationales, voir ISDC, *Umsetzung*, not. p. 9 ss (tableau récapitulatif).

¹⁹⁵ Comme la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 (cf. *supra* III.C.2.b.i.), cette directive modifie la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (cf. Conseil, Communiqué 28.11.2022, où figure le lien internet vers la directive).

¹⁹⁶ Directive 2022/2464/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) no 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises.

¹⁹⁷ Pour un résumé des autres directives modifiées, OFJ, Propositions UE, p. 9.

Cette nouvelle directive a pour ambition de combler les lacunes des règles existantes en matière d'informations sur la durabilité¹⁹⁸. Elle insère dans la directive 2013/34/UE les notions de « questions de durabilité » (art. 2 ch. 17), à savoir les droits environnementaux, les droits sociaux et les droits humains, et les facteurs de gouvernance, et d'« information en matière de durabilité » (ch. 18), à savoir la publication d'informations liées aux questions de durabilité conformément à l'art. 19*bis* notamment. Cette terminologie remplace celle d'« informations non financières »¹⁹⁹. La directive CSRD prévoit ensuite une nouvelle mouture complète du texte de l'art. 19*bis*, à savoir les règles introduites dans la directive 2013/34/UE par la directive NFRD²⁰⁰.

Les grandes entreprises, dont la définition est modifiée par un renvoi à la notion de l'art. 3 ch. 4 (seuil de 250 salariés en lieu et place de 500)²⁰¹, et, désormais, les petites et moyennes entreprises, à l'exception de certaines microentreprises²⁰², sont tenues d'inclure dans une partie distincte de leur rapport de gestion les *informations qui permettent de comprendre les incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité*, ainsi que les informations qui permettent de comprendre la manière dont ces questions influent sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de l'entreprise (art. 19*bis* ch. 1)²⁰³. La directive CSRD introduit des exigences plus détaillées en matière de rapports que la directive NFRD²⁰⁴.

¹⁹⁸ Conseil, Communiqué 28.11.2022.

¹⁹⁹ OFJ, Propositions UE, p. 14.

²⁰⁰ Voir *supra* III.C.b.i.

²⁰¹ OFJ, Propositions UE, p. 14. Une « grande entreprise » est une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants : (a) total du bilan : EUR 20 000 000, (b) chiffre d'affaires net: EUR 40 000 000 et (c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice: 250. L'art. 19*bis* ch. 1 de la directive 2014/95/UE contenait une *lex specialis* en indiquant un nombre moyen de salariés au cours de l'exercice de 500.

²⁰² OFJ, Propositions UE, p. 9 et 14, lequel précise que les directives seraient applicables à 49'000 entreprises, contre environ 11'600 actuellement. A propos des seuils de ces entreprises, voir art. 3 ch. 1 à 3.

²⁰³ Pour les groupes, voir également art. 29*bis* (Déclaration non financière consolidée), 40*bis* (Rapports de durabilité concernant les entreprises de pays tiers), 40*ter* (Normes d'information en matière de durabilité applicables aux entreprises de pays tiers), 40*quater* (Responsabilité quant à l'établissement, la publication et l'accessibilité des rapports de durabilité concernant les entreprises de pays tiers), 40*quinquies* (Publication).

²⁰⁴ OFJ, Propositions UE, p. 9.

Le *rapport de gestion* d'une grande entreprise (art. 19bis ch. 2) doit désormais contenir, en particulier :

- une description du *modèle commercial* et de *la stratégie* de l'entreprise, notamment (i) la stratégie de l'entreprise s'agissant des risques liés aux questions de durabilité, (ii) la manière dont l'entreprise prend en compte les intérêts des parties prenantes et ses incidences sur les questions de durabilité et (iii) la manière dont l'entreprise a mis en œuvre sa stratégie en ce qui concerne ces questions ;
- une description des *objectifs*, assortis d'échéances, en matière de durabilité ;
- une description du rôle et de l'expertise des *hauts dirigeants* de l'entreprise à propos des questions de durabilité ;
- une description des *politiques* de l'entreprise sur ces questions ;
- une description (i) de la *procédure de diligence raisonnable* mise en œuvre par l'entreprise concernant les questions de durabilité, (ii) des *principales incidences* négatives, réelles ou potentielles, liées aux propres activités de l'entreprise et à sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement, (iii) des mesures prises pour recenser et surveiller ces incidences ainsi que les autres incidences négatives que l'entreprise est tenue de recenser en vertu d'autres exigences de l'Union imposant aux entreprises de mener une procédure de diligence raisonnable, (iv) de toute mesure prise par l'entreprise pour prévenir, atténuer, corriger ou éliminer les incidences négatives, réelles ou potentielles, et du résultat obtenu à cet égard ;
- une description des *principaux risques* liés aux questions de durabilité et de la manière dont l'entreprise *gère* ces risques ;
- la mention des *indicateurs* concernant les informations à publier²⁰⁵.

Pour toutes ces informations, l'entreprise doit *décrire le processus* mis en œuvre pour déterminer les informations incluses dans le rapport de gestion (ch. 2). Une clause de

²⁰⁵ A ce propos, voir aussi OFJ, Propositions UE, p. 15.

safe harbour est maintenue, à des conditions relativement strictes (ch. 3). S'agissant du *contenu des informations*, l'entreprise doit, d'une part, prendre en compte des horizons temporels à court, moyen et long terme (ch. 2) et, d'autre part, tenir compte de ses propres activités et de sa chaîne de valeur, y compris ses produits et services, ses relations d'affaires et sa chaîne d'approvisionnement (ch. 3)²⁰⁶.

Les informations publiées par une grande entreprise doivent obligatoirement l'être conformément aux *normes d'information en matière de durabilité* adoptées par la Commission (art. 19*bis* ch. 4). Ces normes visent, d'une part, à garantir la qualité des informations publiées en imposant que celles-ci soient compréhensibles, pertinentes, vérifiables, comparables et fiables et, d'autre part, à éviter d'imposer une charge administrative disproportionnée aux entreprises (art. 29*ter* ch. 2) et à tenir compte des difficultés que les entreprises peuvent rencontrer pour recueillir des informations auprès d'acteurs situés tout au long de leur chaîne de valeur (ch. 4). Elles précisent aussi les informations à publier : (a) au sujet des facteurs environnementaux, soit notamment l'atténuation du réchauffement climatique, l'utilisation des ressources, la pollution et la biodiversité, (b) liées aux droits sociaux et aux droits humains, soit notamment l'égalité de traitement, les conditions de travail et le respect des droits humains garantis par des instruments internationaux et (c) s'agissant des facteurs de gouvernance d'entreprise, soit notamment en matière de lutte contre la corruption (ch. 3)²⁰⁷. Le rapport doit être publié dans un *format électronique*, lisible par une machine²⁰⁸ (art. 29*quinquies*) au plus tard 12 mois après la date de clôture de l'exercice (art. 30 ch. 1).

²⁰⁶ Sur ce point, la directive prévoit un régime de transition de trois ans pendant lequel l'entreprise qui ne disposerait pas de toutes les informations sur sa chaîne de valeur a la possibilité d'expliquer les efforts déployés pour obtenir les informations nécessaires, les raisons pour lesquelles celles-ci n'ont pas toutes pu être obtenues et ce qu'elle entend faire pour obtenir les informations nécessaires à l'avenir (principe « se conformer ou expliquer » ; ch. 3). Voir également OFJ, Propositions UE, p. 15.

²⁰⁷ OFJ, Propositions UE, p. 16, dans lequel il est aussi relevé qu'un élément central de la nouvelle directive consiste « à obliger certaines catégories d'entreprises à fournir les informations requises en suivant des normes contraignantes pour assurer leur comparabilité et leur pertinence ».

²⁰⁸ OFJ, Propositions UE, p. 9.

Les *petites et moyennes entreprises cotées* sont soumises à un régime allégé (art. 19 ch. 6). La Commission établit des normes d'information en matière de durabilité applicables spécifiquement à ces entreprises (art. 29^{quater}). Une *filiale* est susceptible d'être exemptée des obligations lorsqu'elle-même (et ses propres filiales) sont incluses dans le rapport consolidé de gestion d'une entreprise mère (art. 19 ch. 9 en lien avec art. 29^{bis}). En ce qui concerne *les entreprises non européennes*, l'obligation de fournir un rapport sur la durabilité s'applique aux entreprises qui génèrent plus de 150 millions d'euros de chiffre d'affaires net dans l'UE et qui ont au moins une filiale ou succursale dans l'UE dépassant certains seuils (art. 40^{bis} ch. 1).

La directive institue un *contrôle* de l'établissement concernant les questions de durabilité par un contrôleur légal des comptes ou un cabinet d'audit²⁰⁹. Le prestataire indépendant doit émettre, sur la base d'une mission d'assurance limitée, un avis sur la conformité de l'information en matière de durabilité avec les exigences de la directive, notamment sur la conformité avec les normes d'information en matière de durabilité adoptées par la Commission et avec le processus mis en œuvre par l'entreprise pour déterminer les informations à publier conformément à ces mêmes normes (art. 34 ch. 1 *abis*).

Pour *détecter, corriger et prévenir une exécution inadéquate* de ce contrôle, les États membres veillent à ce que des systèmes efficaces d'enquêtes et de sanctions soient mis en place (art. 30 ch. 1). Des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives doivent s'appliquer aux vérificateurs en cas de non-respect de leurs obligations de contrôle (ch. 2).

Enfin, les États membres demeurent tenus de prévoir des *sanctions* effectives, proportionnées et dissuasives en cas d'infractions aux dispositions nationales adoptées en vertu de l'art. 19^{bis} (art. 51)²¹⁰.

²⁰⁹ OFJ, Propositions UE, p. 9.

²¹⁰ A propos de la mise en œuvre de cette directive dans des législations nationales, voir ISDC, Umsetzung, not. p. 9 ss (tableau récapitulatif).

L'application de la directive aura lieu en quatre temps : (i) déclarations en 2025 sur l'exercice 2024 pour les entreprises déjà soumises à la directive 2014/95/UE (NFRD), (ii) déclarations en 2026 sur l'exercice 2025 pour les grandes entreprises qui ne sont pas actuellement soumises à la directive 2014/95/UE (NFRD), (iii) déclarations en 2027 sur l'exercice 2026 pour les PME cotées, à l'exception des microentreprises, (iv) déclarations en 2029 sur l'exercice 2028 pour les entreprises de pays tiers assujetties²¹¹.

c. Une comparaison et un bilan intermédiaire

	UE		Suisse	Différences
	Directive 2014/95/UE (NFRD ; en vigueur dans les États membres depuis au plus tard le 6 décembre 2016)	Directive 2022/2464/UE (CSRD ; en vigueur dans les États membres dès 2025, avec période transitoire)	Art. 964a à 964c CO (en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2022)	
Entreprises assujetties	Les grandes entreprises (avec un seuil d'employés à 500)	Les grandes entreprises (avec un seuil de 250 employés) Les PME cotées	Les sociétés publiques (avec un seuil d'employés à 500)	<i>Plus restreint (encore plus avec la réduction du seuil d'employés dans la directive CSRD)</i>
Obligation de rapport	Rapport sur les questions environnementales, sociales et de personnel, de respect des droits humains et de lutte contre la corruption	Rapport sur les mêmes questions (mais avec un degré de précision plus élevé ; régime allégé pour les PME)	Rapport sur les questions environnementales, sociales et de personnel, de respect des droits humains et de lutte contre la corruption	<i>Idem par rapport à la directive NFRD</i> <i>Degré de détails moins élevé par rapport à la directive CSRD</i>
Cadre de référence	Absence de cadre de référence unique	Cadre de référence unique	Absence de cadre de référence unique	<i>Absence de cadre de référence unique (idem par rapport à la directive NFRD, moins loin par rapport à la CSRD)</i>
Principe « se conformer ou expliquer »	Principe « se conformer ou expliquer »	Abandon du principe « se conformer ou expliquer » après un régime transitoire de trois ans	Principe « se conformer ou expliquer »	<i>Principe « se conformer ou expliquer » (idem par rapport à la directive NFRD, moins loin par rapport à la CSRD)</i>
Obligation de diligence	Absence d'obligation de diligence		Absence d'obligation de diligence	<i>Idem</i>
Contrôle externe	Contrôle externe obligatoire de l'existence du	Contrôle externe obligatoire de l'existence du	Contrôle externe volontaire de l'existence	<i>Contrôle volontaire en Suisse (moins loin que</i>

²¹¹ Conseil, Communiqué 28.11.2022 ; OFJ, Propositions UE, p. 8.

	rapport, mais pas de son contenu (possibilité néanmoins offerte aux États membres de prévoir une telle obligation)	rapport et de son contenu	du rapport et, <i>a fortiori</i> , de son contenu	les deux directives européennes)
Sanctions	Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives	Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives (y compris contre les contrôleurs légaux)	Sanctions pénales contre des personnes physiques en cas d'omission d'établir le rapport ou de contenu mensonger	La comparaison dépend de la transposition dans chaque Etat membre de l'UE, étant néanmoins précisé que la norme pénale suisse est de rang contraventionnel

La doctrine et des rapports des institutions de l'UE relevaient, à juste titre, que la directive 2014/95/UE était insuffisante pour inciter les entreprises à mettre en œuvre un processus de diligence raisonnable, conforme aux Principes directeurs de l'ONU notamment²¹². PERRIARD préconisait les quatre améliorations suivantes : (i) l'introduction d'une obligation de diligence raisonnable dont le rapport ne serait que la dernière étape du processus, (ii) l'indication claire que les risques à prendre en considération sont aussi ceux qui pèsent sur les (potentielles) victimes d'atteinte aux droits humains, et pas seulement les risques commerciaux de l'entreprise, (iii) l'imposition d'un cadre de référence unique, soit d'une norme réglant la *manière* de rédiger le rapport, et (iv) l'instauration d'un contrôle par un tiers indépendant portant obligatoirement sur le contenu du rapport, en particulier les processus mis en place au sein de l'entreprise²¹³.

Les critiques formulées sur la directive 2014/95/UE valent *mutatis mutandis* pour le régime suisse. La principale faiblesse des art. 964a à 964c CO réside dans le fait que ceux-ci prévoient uniquement une *obligation de rapport* sur des questions non financières, sans *obligation expresse de diligence raisonnable*. La question de savoir s'il résulte *implicitement* de l'obligation de rapport des devoirs de diligence et, dans l'affirmative, quelle en serait l'étendue et quels risques, en termes de responsabilité, pourraient en résulter pour la société et ses organes (notamment ceux découlant de

²¹² PERRIARD, p. 669 ss ; CE, Résumé d'analyse, p. 2 ; Conseil, Communiqué 28.11.2022 ; CEPS, Study, p. 11 s. ; CE, Proposition 2022, p. 4 s. nbp 13.

²¹³ PERRIARD, p. 672.

la responsabilité personnelle au sens des art. 754 ss CO), est controversée²¹⁴. En outre, contrairement à la directive NFRD, le droit suisse ne prévoit pas de contrôle *externe* du respect de l'obligation d'établir un rapport (et, *a fortiori*, de son contenu).

La directive CSRD corrige les trois dernières lacunes identifiées par PERRIARD. Elle prévoit que les entreprises doivent publier des informations sur l'impact des questions de durabilité sur l'évolution de leurs affaires, les résultats et la situation de l'entreprise (perspective « outside-in »), mais également sur les répercussions de ces aspects sur l'être humain et l'environnement (perspective « inside-out » ; « principe de la double importance relative »)²¹⁵. Elle impose un cadre de référence unique par catégorie d'entreprises assujetties, à savoir des normes d'information en matière de durabilité. Elle instaure un contrôle par un tiers indépendant portant sur la conformité de l'information en matière de durabilité contenue dans le rapport de gestion avec les exigences de la présente directive. En revanche, elle ne prévoit pas de devoir de vigilance à charge des entreprises.

En février 2022, à la suite de la publication d'une proposition de la Commission européenne de directive sur un devoir de vigilance des entreprises²¹⁶, le Conseil fédéral a mandaté l'OFJ pour rédiger un rapport sur la nécessité d'adapter le droit suisse et, le cas échéant, dans quelle mesure²¹⁷. En raison de la connexité matérielle, ce rapport met également en parallèle le droit suisse et la directive CSRD (alors au stade de la proposition) et examine la nécessité de procéder à des adaptations en matière de transparence sur les questions non financières (art. 964a à 964c CO)²¹⁸.

Il en ressort les différences principales suivantes : (i) le seuil du nombre de salariés est fixé à 250 dans la nouvelle directive de l'UE alors que le droit suisse en vigueur prévoit un seuil de 500 salariés (art. 964a al. 1 ch. 2 CO)²¹⁹, (ii) la nouvelle directive

²¹⁴ FORSTMOSER/KÜCHLER, Vor Art. 964a–964c et 964j–964l CO N 16. A ce propos, voir notamment FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964a CO N 5.

²¹⁵ OFJ, Propositions UE, p. 15.

²¹⁶ A ce propos, voir *infra* IV.A.2.

²¹⁷ OFJ, Propositions UE, p. 4. A propos de ce rapport, voir *infra* IV.A.5.

²¹⁸ OFJ, Propositions UE, p. 4.

²¹⁹ OFJ, Propositions UE, p. 14.

européenne étend le contenu des informations publiées par rapport au droit suisse en vigueur²²⁰, (iii) contrairement à la nouvelle directive européenne, le droit suisse ne se prononce pas clairement sur la question de la « double importance relative »²²¹, (iv) la nouvelle directive de l'UE prévoit des normes prédéfinies sur la manière de rédiger la partie du rapport de gestion sur les questions de durabilité, à l'inverse du droit suisse qui ne prévoit pas de cadre de référence unique²²², (v) le droit suisse applique le principe « se conformer ou expliquer » (art. 964*b* al. 5 CO), contrairement à la nouvelle directive qui abandonne ce principe après un régime transitoire de trois ans²²³, (vi) à l'inverse du droit suisse, le droit européen met en place un mécanisme obligatoire d'audit de la publication d'informations en matière de durabilité²²⁴, et (vii) contrairement au droit suisse, la nouvelle directive exige que les informations en matière de durabilité figurent dans le rapport de gestion lui-même²²⁵.

3. Le devoir de transparence des grandes entreprises actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires

a. Le droit suisse : art. 964*d* à 964*i* CO

Les art. 964*d* à art. 964*i* CO visent à *lutter contre la corruption* dans les pays producteurs de matières premières par le biais de la transparence des paiements aux gouvernements. Ils sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2021. Le premier rapport est dû pour l'exercice 2022.

Les *entreprises* que la loi soumet au contrôle ordinaire (cf. art. 727 al. 1 CO²²⁶) et qui sont, directement ou indirectement, actives dans la production de minerais, de

²²⁰ OFJ, Propositions UE, p. 15.

²²¹ OFJ, Propositions UE, p. 15.

²²² OFJ, Propositions UE, p. 15 s.

²²³ OFJ, Propositions UE, p. 16.

²²⁴ OFJ, Propositions UE, p. 16 s.

²²⁵ OFJ, Propositions UE, p. 17.

²²⁶ CF, Message SA, p. 428 et 564. A teneur de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO, « les sociétés qui, au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des valeurs suivantes : a. total du bilan : 20 millions de francs, b. chiffre d'affaires : 40 millions de francs, c. effectif : 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle ».

pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires, doivent établir chaque année un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements (art. 964d al. 1 CO)²²⁷. Par « production », il faut comprendre les activités d'exploration, de prospection, de découverte, d'exploitation et d'extraction (al. 4)²²⁸. La notion de « gouvernements » inclut les autorités nationales, régionales ou communales d'un pays tiers ainsi que les administrations et les entreprises contrôlées par ces dernières (al. 5)²²⁹.

Ce rapport rend uniquement compte des paiements provenant des activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou d'exploitation de forêts primaires (art. 964f al. 1 CO). Il comprend *tous les paiements qui atteignent au moins CHF 100'000.- par exercice*, qu'ils prennent la forme d'un versement effectué en une seule fois ou d'une série de paiements atteignant ensemble au moins le seuil (al. 2). Le rapport doit aussi mentionner « le montant total des paiements et le montant des paiements par types de prestation effectués au profit de chaque gouvernement et pour chaque projet spécifique » (al. 3). Ces paiements peuvent l'être en espèces ou en nature (art. 964e al. 1 CO). Ils comprennent notamment les primes de signature, de découverte et de production (al. 2 ch. 5) ou les droits de licence, de location et d'entrée et toute autre contrepartie d'autorisations ou de concessions (ch. 6)²³⁰.

Le rapport doit être approuvé et signé par l'organe supérieur ou d'administration (art. 964f al. 4 CO). En revanche, un contrôle externe n'est pas prévu.

Le rapport est publié par voie électronique dans un délai de six mois à compter de la fin de l'exercice et doit demeurer accessible au public pendant au moins dix ans

²²⁷ CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 4 et 10. Sur les entreprises qui doivent dresser des comptes consolidés, voir art. 964d al. 3 CO (cf. CF, Message SA, p. 564). Sur la possibilité d'*opting out* lorsqu'une entreprise ayant son siège en Suisse est incluse dans le rapport sur les paiements du groupe établi conformément au droit suisse ou à des dispositions équivalentes, voir art. 964d al. 3 CO (cf. CF, Message SA, p. 565).

²²⁸ Pour plus de détails, voir CF, Message SA, p. 565 ; ROUILLER et al., N 697h.

²²⁹ Pour plus de détails, voir CF, Message SA, p. 565.

²³⁰ Pour plus de détails, voir CF, Message SA, p. 565 ss. Sur la forme et le contenu du rapport, voir CF, Message SA, p. 567 s.

(art. 964g CO)²³¹. Il ne doit pas être déposé auprès d'un registre central, p. ex. le registre du commerce, ni publié dans la Feuille officielle suisse de commerce (FOSC)²³².

L'art. 964i CO permet au Conseil fédéral, dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale, de décider que les obligations précitées s'appliquent également aux entreprises actives dans le *négoce* de matières premières²³³. À ce jour, le gouvernement n'a pas fait usage de cette prérogative²³⁴.

Les violations de ces dispositions portent à conséquence pénales. Conformément à l'art. 325^{bis} CP, sont érigées en infraction de rang contraventionnel, les comportements intentionnels suivants : (1) l'omission totale ou partielle d'établir le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements, (2) l'inscription de fausses indications dans ce rapport ou (3) la violation de l'obligation de la tenue ou de la conservation de ce rapport²³⁵. Ces actes sont susceptibles d'être punis d'une amende pouvant aller jusqu'à CHF 10'000.- (art. 106 al. 1 CP).

Cette disposition de rang contraventionnel s'adresse uniquement aux personnes physiques, la responsabilité pénale de l'entreprise ne pouvant être engagée qu'en cas de crime ou délit, conformément à l'art. 102 al. 1 CP.

b. La directive 2013/34/UE du 26 juin 2013

À titre de comparaison, la directive 2013/34/UE du 26 juin 2013²³⁶ oblige les grandes entreprises (cf. art. 3 ch. 4²³⁷) actives dans l'extraction de matières premières ou

²³¹ Pour plus de détails, voir CF, Message SA, p. 568. Sur la tenue et la conservation du rapport, voir CF, Message SA, p. 568 s.

²³² CF, Message SA, p. 428 et 568 ; FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964g CO N 8.

²³³ CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 10. Voir également, CF, Rapport Avancement 2015, p. 11.

²³⁴ A ce propos, voir CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 10.

²³⁵ CF, Rapport 2016, p. 25 s.

²³⁶ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférent de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil (JO L 182 du 29.06.2013, p. 19-76).

²³⁷ A teneur de l'art. 3 ch. 4, « [u]ne grande entreprise est une entreprise qui, à la date de clôture du bilan, dépasse les limites chiffrées d'au moins deux des trois critères suivants : a) total du bilan : 20 000 000 EUR ; b) chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR ; c) nombre moyen de salariés au cours de l'exercice : 250. »

l'exploitation des forêts primaires à déclarer leurs paiements aux gouvernements²³⁸. Elle s'applique depuis le 19 juillet 2013 et devait entrer en vigueur dans les États membres avant le 20 juillet 2015 (art. 53 ch. 1).

Les grandes entreprises impliquées dans l'extraction de minerais, de pétrole, de gaz naturel ou d'autres matières, ou dans l'exploitation de forêts primaires sont tenues de publier annuellement dans un rapport les détails des *paiements supérieurs à EUR 100'000.- au total* qu'elles ont effectué aux gouvernements au cours d'un exercice budgétaire (art. 42 à 47 en lien avec art. 41)²³⁹. Les obligations peuvent varier en fonction de la taille d'une entreprise, et la directive prévoit des exemptions ou des simplifications dans de nombreux domaines pour les microentreprises et les PME. Un contrôle externe du rapport n'est pas prévu.

Le rapport doit être déposé dans un registre central ouvert au public, soit un registre du commerce ou un registre des sociétés, et à tout le moins mentionné dans un bulletin national (art. 45 ch. 1²⁴⁰). Chaque État membre décide de l'étendue de ces exemptions et de ces simplifications (art. 45 ch. 2). Il est aussi tenu de prévoir des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives pour les infractions aux dispositions nationales transposant, entre autres, les art. 42 à 47 de la directive (art. 51)²⁴¹.

L'art. 6 de la directive 2004/109/CE²⁴², fixant des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises

²³⁸ ISDC, Transparence 2014, p. 20 ss.

²³⁹ ISDC, Transparence 2014, p. 23.

²⁴⁰ Cette norme renvoie désormais aux art. 14 let. f et art. 16 ch. 1, 3 et 5 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés (JO L 169 30.06.2017).

²⁴¹ ISDC, Transparence 2014, p. 24.

²⁴² Directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE (JO L 390, 31.12.2004, p. 38–57).

à la négociation sur un marché réglementé, a été modifiée par la directive 2013/50/UE du 22 octobre 2013²⁴³ afin de l'adapter à la nouvelle directive 2013/34/UE.

L'Institut suisse de droit comparé (ci-après : « ISDC ») a analysé, en 2016, la transposition des directives 2013/34/UE et 2004/109/CE dans le droit national de certains États membres, à savoir l'Allemagne, la France, les Pays-Bas, la Suède et le Royaume-Uni. Il en a conclu que la plupart des États membres de l'UE étudiés ont adopté ces directives de manière très fidèle, et même littéralement dans bon nombre de cas²⁴⁴. Ces réglementations ne portent pas sur le négoce des matières premières, mais exclusivement sur l'extraction²⁴⁵.

c. Une comparaison et un bilan intermédiaire

Ce tableau permet la comparaison des points essentiels des normes du CO et de la réglementation européenne :

	UE	Suisse	Différences
	Directive 2013/34/UE (en vigueur dans les États membres depuis au plus tard le 20 juillet 2015)	art. 964d à 964i CO (en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2021)	<i>Entrée en vigueur en Suisse près de 5 ans et demi après</i>
Entreprises assujetties	Les « grandes entreprises » impliquées dans l'extraction de minerais, de pétrole, de gaz naturel ou d'autres matières ou impliquées dans l'exploitation de forêts primaires	Les entreprises soumises au contrôle ordinaire et actives dans la production (i.e. not. l'extraction) de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires	<i>La définition des entreprises assujetties est, avec le taux de change actuel, presque identique (250 employés, total du bilan : CHF/EUR 20 mio, chiffre d'affaires : CHF/EUR 40 mio). La Suisse n'étend pas l'obligation à d'« autres matières »</i>
Paiements concernés	Paiements supérieurs à EUR 100'000.- au profit de gouvernements	Paiements supérieurs à CHF 100'000.- au profit de gouvernements	<i>Presque identique (au taux de change actuel)</i>
Devoir de diligence	Absence d'un devoir de diligence raisonnable	Absence d'un devoir de diligence raisonnable	<i>Idem</i>

²⁴³ Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE (JO L 294, 06.11.2013, p. 13–27).

²⁴⁴ ISDC, Transparence 2016, p. 45.

²⁴⁵ CF, Rapport de base 2018, p. 29.

Contrôle externe	Contrôle externe volontaire à propos de l'existence du rapport et <i>a fortiori</i> de son contenu	Contrôle externe volontaire à propos de l'existence du rapport et <i>a fortiori</i> de son contenu	<i>Idem</i>
Publication	Dépôt dans un registre central consultable par tous et au moins une annonce de ce dépôt dans le bulletin national	Publication par voie électronique (i.e. sur le site internet de l'entreprise)	<i>Absence de dépôt dans un registre central</i>
Sanctions	Sanctions effectives, proportionnées et dissuasives	Sanctions pénales contre des personnes physiques en cas d'omission d'établir le rapport ou de contenu mensonger	<i>Comparaison difficile, étant néanmoins précisé que la norme pénale suisse est de rang contraventionnel</i>

Dans son rapport de 2020 relatif à la supervision des activités de négoce de matières premières sous l'angle du blanchiment d'argent, le Conseil fédéral rappelle que la transparence des paiements aux gouvernements dans le cadre de la production de matières premières est un instrument important de la lutte contre le blanchiment et la corruption²⁴⁶.

À juste titre, l'exécutif fédéral explique que la Suisse s'est « inspirée » des règles prévues par les directives de l'UE²⁴⁷. En effet, le droit suisse correspond dans les grandes lignes au système mis en place en droit de l'UE, à savoir une obligation de rapport, sans devoir de diligence. La publicité donnée aux rapports est toutefois réduite en droit suisse : une publication par voie électronique sur le site internet de l'entreprise suffit, alors que la réglementation européenne exige le dépôt dans un registre central. L'instauration d'un tel registre faciliterait la recherche des rapports, dès lors qu'il éviterait aux personnes intéressées de procéder à des recherches individuelles sur les sites internet des entreprises assujetties. La visibilité donnée par les entreprises assujetties à leur rapport concernant l'exercice 2022 sur leur site internet sera toutefois déterminante pour savoir dans quelle mesure cette divergence pose problème en pratique.

La lacune majeure du droit actuel, tant de l'UE que de la Suisse, est le non assujettissement des entreprises actives dans le négoce de matières premières. Un

²⁴⁶ CF, Rapport 2020, p. 15. Voir également, CF, Rapport explicatif SA, p. 53 ss. Cf. aussi *infra* III.D. et E.

²⁴⁷ CF, Rapport 2016, p. 25 ; CF, Rapport 2020, p. 15.

risque de corruption dans le domaine a pourtant été clairement identifié²⁴⁸. Par ailleurs, le champ d'application du droit suisse est plus restrictif que celui de la réglementation européenne, en ce sens qu'elle ne s'applique pas à l'extraction des « autres matières »²⁴⁹, mais exclusivement aux minerais, pétrole et gaz naturel ainsi qu'aux forêts primaires.

On rappelle également qu'à teneur de l'art. 964*i* CO, les normes suisses pourraient être directement étendues par le Conseil fédéral aux paiements effectués par les *entreprises actives dans le négoce* au profit de gouvernements, à condition toutefois qu'une telle réglementation fasse l'objet d'une coordination, respectivement harmonisation, sur le plan interétatique²⁵⁰. À ce propos, le Conseil fédéral soutient que la Suisse s'engage d'ores et déjà activement pour l'instauration d'un standard aussi global que possible au niveau international²⁵¹. En l'état, les entreprises suisses concernées s'opposent fermement à une telle extension²⁵².

4. Les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants

a. Le droit suisse : art. 964*j* à 964*k* CO

Les art. 964*j* à 964*k* CO imposent des *devoirs de diligence* et une *obligation de rendre compte* uniquement en lien avec deux problématiques spécifiques, soit en matière (i) de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et (ii) de travail des enfants, soit deux risques afférents à des violations des droits humains²⁵³. L'ODiTr²⁵⁴ apporte des

²⁴⁸ Voir *supra* II.C.

²⁴⁹ En droit de l'UE, cette notion est définie par un renvoi à la section B, divisions 5 à 8, de l'annexe 1 du règlement (CE) n° 1893/2006 du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2006 établissant la nomenclature statistique des activités économiques NACE Rév. 2 et modifiant le règlement (CEE) n° 3037/90 du Conseil ainsi que certains règlements (CE) relatifs à des domaines statistiques spécifiques.

²⁵⁰ A noter que les Etats-Unis ont également adoptés, le 16 décembre 2020, des règles dans ce domaine (Section 1504 Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act relating to the disclosure of payments by resource extraction issuers ; cf. à propos de l'historique : ISDC, USA I, p. 3 ss et ISDC, USA II, p. 2 s.).

²⁵¹ CF, Rapport Avancement 2015, p. 11 ; GCBF, Rapport 2021, p. 8. Voir ég. *supra* III.B.3.

²⁵² FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964*i* CO N 7.

²⁵³ OFJ, Propositions UE, p. 9.

²⁵⁴ Ordonnance du Conseil fédéral sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants du 3 décembre 2021, RS 221.433. Pour

précisions quant au champ d'application, à la portée des devoirs des entreprises assujetties et au contrôle. Ces normes sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022. Le premier rapport est dû pour l'exercice 2023²⁵⁵.

Les entreprises, dont le siège, l'administration centrale ou l'établissement principal se trouve en Suisse, doivent respecter les devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement et en rendre compte dans un rapport, lorsqu'elles mettent en libre circulation en Suisse 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 ou de zones à haut risque (art. 964j al. 1 ch. 1 et al. 2 CO ; cf. ég. art. 3 [champ d'application] et art. 4 [exceptions à raison du volume d'importation et de transformation²⁵⁶] ODiTr)²⁵⁷.

En vertu de l'art. 9 ODiTr²⁵⁸, les entreprises qui respectent, dans leur intégralité, des réglementations équivalentes internationalement reconnues sont exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport découlant du droit suisse. Elles doivent uniquement rédiger un rapport indiquant la réglementation en question. Une liste des réglementations « réputées » équivalentes internationalement reconnues figure à l'annexe 2 de l'ODiTr²⁵⁹.

Les entreprises assujetties sont tenues de *mettre en place un système de gestion* et de *définir* les éléments suivants : (i) leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement en minerais et en métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou de zones à haut risque et (ii) un système qui permet d'établir une traçabilité de la chaîne d'approvisionnement (art. 964k al. 1 CO ; cf. art. 10 et 12 ODiTr). En outre, elles identifient et évaluent les risques d'effets néfastes dans leur chaîne

plus de détails à ce propos, voir CF, Rapport explicatif ODiTr, p. 9 ss. Pour une critique du rapport relatif à l'avant-projet, voir NERI-CASTRACANE, CDBF, *in toto*.

²⁵⁵ OFJ, Propositions UE, p. 5.

²⁵⁶ Ces seuils s'appuient sur ceux fixés dans le règlement 2017/821/UE (cf. OFJ, Développements, p. 2 ; OFJ, Propositions UE, p. 6). A ce propos, voir également OFJ, Transparence, p. 19 s.

²⁵⁷ Pour les définitions des différents termes, voir OFJ, Transparence, p. 17 s.

²⁵⁸ Cet article a été édicté sur la base de la norme de délégation figurant à l'art. 964k al. 4 CO.

²⁵⁹ Il s'agit du Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (cf. *supra* III.B.1) et du règlement 2017/821/UE du 17 mai 2017 (cf. *infra* III.C.4.b.)

d'approvisionnement, élaborent un plan de gestion des risques et prennent des mesures en vue de réduire au minimum les risques constatés (al. 2 ; cf. art. 14 et 15 ODiTr)²⁶⁰.

Le respect de ces devoirs fait l'objet d'une *vérification* par un expert indépendant (al. 3 ; cf. art. 16 ODiTr)²⁶¹. Ce contrôle prend la forme d'un rapport adressé par une entreprise de révision agréée à l'organe suprême de direction ou d'administration de l'entreprise assujettie (art.16 al. 1 ODiTr). Il se borne à une vérification de l'existence de faits dont il résulte que l'entreprise n'a pas respecté ses devoirs de diligence (cf. art. 964*k* al. 1 et 2 CO ; al. 2). L'auditeur doit être indépendant et former son appréciation en toute objectivité (al. 3 ; cf. art. 728 CO).

L'art. 12 al. 3 ODiTr exempte les entreprises des devoirs de diligence prévus aux art. 14 à 16 (procédure de signalement, gestion des risques et vérification externe) si elle prouve qu'elle importe et transforme des métaux provenant exclusivement du recyclage.

Le rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence – annuel – est approuvé par l'organe suprême de direction ou d'administration (art. 964*l* al. 1 CO). Il est ensuite publié par voie électronique dans les six mois suivant la fin de l'exercice ; il demeure accessible au public pendant au moins dix ans (al. 3).

Ce régime s'applique *mutatis mutandis* aux entreprises visées sous l'art. 964*j* al. 1 CO qui offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants (ch. 2 ; cf. ég. art. 5 [champ d'application], 6 à 8 [exceptions], 11 et 13 à 15 ODiTr). Seul le contrôle par un expert indépendant n'est pas applicable (art. 964*k* al. 3 CO)²⁶².

La violation de ces dispositions porte à conséquences pénales. En application de l'art. 325^{ter} al. 1 CP, sont sanctionnés par une amende maximale de CHF 100'000.- les

²⁶⁰ A ce propos, voir OFJ, Transparence, p. 20 s. ; OFJ, Propositions UE, p. 6.

²⁶¹ FORSTMOSER/KÜCHLER, Art. 964*k* CO N 12 ss.

²⁶² Ces dispositions s'inspirent du *Child Labor Due Diligence Act* adopté par les Pays-Bas (cf. OFJ, Transparence, p. 17).

comportements intentionnels suivants : (i) l'omission d'établir le rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence, (ii) l'inscription d'indications fausses dans ce rapport ou (iii) la violation des obligations de conservation et de documentation de ce rapport. La négligence est réprimée d'une amende maximale de CHF 50'000.- (al. 2). En revanche, la violation des devoirs de diligence eux-mêmes n'est pas sanctionnée²⁶³.

S'agissant d'une disposition légale de rang contraventionnel, la responsabilité pénale de l'entreprise, qui, à teneur de l'art. 102 al. 1 CP ne peut être engagée qu'en cas de crime ou de délit, est exclue.

b. Le règlement 2017/821/UE du 17 mai 2017

À titre de comparaison, le règlement 2017/821/UE du 17 mai 2017²⁶⁴ introduit dans le droit européen un *devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement* en vue de limiter les possibilités, pour les groupes armés et les forces de sécurité, de se livrer au commerce de l'étain, du tantale et du tungstène, de leurs minerais et de l'or. Les principaux articles s'appliquent depuis le 1^{er} janvier 2021 (art. 20 ch. 2 et 3).

Ce règlement vise à *assurer la transparence et la sécurité* en ce qui concerne les pratiques des importateurs de l'UE ainsi que des fonderies et affineriers qui s'approvisionnent en zone de conflit ou à haut risque (art. 1 ch. 1). Les importateurs de minerais ou métaux doivent notamment (i) adopter des systèmes de gestion interne permettant l'exercice du devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement (art. 4), (ii) identifier et évaluer les risques dans leur chaîne d'approvisionnement en minerais (art. 5 ch. 1 let. a), (iii) mettre en œuvre une stratégie pour faire face aux risques identifiés (art. 5 ch. 1 let. b), (iv) faire effectuer des vérifications de leur devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement par des tiers indépendants (art.

²⁶³ A ce propos, voir OFJ, Transparence, p. 23.

²⁶⁴ Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 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 (JO L 130, 19.5.2017, p. 1–20).

6) et (v) établir un rapport annuel sur les mesures et pratiques mises en place en faveur d'un approvisionnement responsable (art. 7).

Les importateurs de l'UE sont tenus de faire effectuer des *vérifications par des tiers indépendants*. Ces vérifications par des tiers portent sur l'ensemble des activités de l'importateur et des processus et systèmes utilisés par celui-ci pour exercer son devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement en minerais ou en métaux. Elles ont pour objectif de déterminer si l'exercice, par l'importateur, du devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement est conforme aux art. 4, 5 et 7 (art. 6 ch. 1). Les importateurs peuvent toutefois être exemptés de l'obligation de faire réaliser des vérifications par des tiers sous condition qu'ils fournissent des éléments probants démontrant que les fonderies et affineries de leur chaîne d'approvisionnement se conforment au règlement (ch. 2).

Les autorités compétentes au sein des États membres doivent procéder à des contrôles afin de s'assurer que les importateurs de l'UE respectent les obligations liées à leur devoir de diligence²⁶⁵.

Comme en droit suisse²⁶⁶, ce règlement s'inspire du Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en *minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*, élaboré en 2011 et mis à jour pour la dernière fois en 2016, et qui s'adresse aux entreprises qui conduisent des activités extractrices dans ces zones. En consultation avec le Service européen pour l'action extérieure (SEAE) et l'OCDE, la Commission européenne a élaboré la recommandation 2018/1149/UE du 10 août 2018²⁶⁷, soit des lignes directrices non contraignantes, destinées aux acteurs économiques, et qui expliquent la meilleure manière d'appliquer les critères d'identification des zones de conflit ou à haut risque. L'annexe à ces

²⁶⁵ Pour une critique détaillée de ce règlement, voir MACCHI, p. 279 ss.

²⁶⁶ PIMP, Rapport de base 2013, p. 34 ; CF, Rapport de base 2018, p. 30.

²⁶⁷ Recommandation (UE) 2018/1149 de la Commission du 10 août 2018 concernant des lignes directrices non contraignantes pour l'identification des zones de conflit ou à haut risque et des autres risques pour la chaîne d'approvisionnement en vertu du règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil (JO L 208, 17.8.2018, p. 94–106).

directives fournit des lignes directrices pour l'identification des zones de conflit ou à haut risque et des autres risques liés à la chaîne d'approvisionnement.

c. Une comparaison et un bilan intermédiaire

Ce tableau permet la comparaison des points essentiels des normes du CO et du règlement de l'UE :

	UE	Suisse	Différences
	Règlement 2017/821/UE (en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2021)	Art 964j à 964l CO (en vigueur depuis le 1 ^{er} janvier 2022)	<i>Entrée en vigueur en Suisse 1 an après</i>
Métaux de conflits			
Entreprises assujetties	Importateurs qui font le commerce de minerais ou métaux contenant de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or, ou constitués d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or, en provenance de zones de conflit ou à haut risque.	Entreprises qui mettent en circulation ou traitement en Suisse des minerais ou des métaux contenant de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or, provenant de zones de conflit ou de zones à haut risque	<i>Idem</i>
Devoir de vigilance	Soumission à un devoir de vigilance à l'égard de leur chaîne d'approvisionnement (standard de <i>best efforts</i>)	Soumission à un devoir de vigilance à l'égard de leur chaîne d'approvisionnement (standard de <i>best efforts</i>)	<i>Idem</i>
Obligation de rapport	Obligation de rapport sur la mise en œuvre du devoir de diligence	Obligation de rapport sur la mise en œuvre du devoir de diligence	<i>Idem</i>
Contrôle par un auditeur	Contrôle par un tiers indépendant portant sur l'ensemble des activités de l'importateur de l'Union et des processus et systèmes utilisés par celui-ci pour exercer son devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement en minerais ou en métaux (exemption possible)	Contrôle par un tiers indépendant limité à la vérification de l'existence de faits dont il résulterait que l'entreprise n'a pas respecté ses devoirs de diligence	<i>Contrôle plus réduit en droit suisse</i>
Contrôle étatique	Contrôle par une autorité étatique indépendante	Absence de contrôle par une autorité étatique indépendante	<i>Absence de contrôle par une autorité étatique indépendante</i>
Travail des enfants			
Entreprises assujetties	Absence de réglementation de l'UE à ce sujet	Entreprises qui offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.	<i>La Suisse va plus loin que la réglementation de l'UE s'agissant du travail des enfants, en ce qu'elle prévoit un devoir de vigilance. Sa violation ne donne</i>
Devoir de vigilance		Soumission à un devoir de vigilance à l'égard de leur chaîne d'approvisionnement (standard de <i>best efforts</i>)	

Obligation de rapport		Obligation de rapport sur la mise en œuvre du devoir de diligence	<i>toutefois pas lieu à conséquences pénales. Seul le faux rapport ou l'omission d'en établir un est punissable.</i>
Contrôle par un auditeur		Absence de contrôle par un tiers indépendant	
Contrôle étatique		Absence de contrôle par une autorité étatique indépendante	

Au vu de ce qui précède, s'agissant des minerais et métaux provenant de zones de conflits, le droit suisse correspond d'un point de vue *matériel* au droit de l'Union européenne. Il prévoit, d'une part, des devoirs de diligence spécifiques en lien avec les activités de l'entreprise elle-même et d'acteurs économiques en amont « à risque » (art. 964k CO)²⁶⁸ et, d'autre part, une obligation de rapport (art. 964l CO).

Le *champ d'application* de la loi suisse est néanmoins très limité (cf. art. 964j al. 1, 2 et 4 CO et art. 3 al. 2, art. 4 et 9 et annexes 1 et 2 ODiTr). Il s'applique pleinement uniquement aux entreprises qui, cumulativement :

- (i) ont leur siège, administration centrale et établissement principal en Suisse, et
- (ii) mettent en circulation ou traitent en Suisse des produits ou sous-produits :
 - (a) qui contiennent de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or (et non pas du cobalt²⁶⁹), et
 - (b) qui proviennent de zone de conflit ou à haut risque, et
 - (c) à hauteur de volumes non « faibles », et
- (iii) ne publient pas déjà un rapport selon une réglementation équivalente²⁷⁰.

Enfin, si une vérification par un tiers indépendant est prévue par l'art. 964k al. 3 CO, aucune surveillance par une autorité étatique indépendante n'est mise en place.

Par ailleurs, contrairement à la réglementation européenne actuelle²⁷¹, la Suisse prévoit un devoir de diligence également à charge des entreprises qui offrent des

²⁶⁸ FORSTMOSER/KÜCHLER, Vor Art. 964a–964c et 964j–964l CO N 16.

²⁶⁹ GEISSER, Konzernverantwortung, p. 39.

²⁷⁰ En cas de mise en circulation ou de traitement de métaux provenant exclusivement du recyclage, un régime limité s'applique (cf. art. 12 al. 3 ODiTr).

²⁷¹ Voir toutefois la proposition de directive évoquée sous *infra* IV.A.2.

biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants. D'autres pays de l'UE, dont les Pays-Bas qui ont inspiré la législation suisse²⁷², prévoient toutefois un régime similaire.

D. Les instruments de lutte contre la corruption

Pour la Suisse et la plupart des États européens, le système supranational de lutte contre la corruption repose sur trois instruments principaux²⁷³ : la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 1997, la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999 et la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003.

Ces conventions internationales se concentrent sur l'incrimination et la poursuite des différentes infractions de corruption. En sus, la Convention de l'ONU prévoit un catalogue de mesures préventives (art. 5 à 14), qui restent toutefois formulées de manière très générale (cf. art. 5, 6 et 13) et dont la plupart concernent la corruption passive (art. 7 à 11) ou la corruption privée (art. 12). Par ailleurs, la Convention du Conseil de l'Europe et la Convention de l'ONU requièrent des États pour la première (art. 22), encouragent pour la seconde (art. 33), l'adoption de mesures visant à la protection des « lanceurs d'alerte » (« *whistleblower* »), qui constituent une source importante de détection de faits de corruption transnationale au sein des entreprises. Bien entendu, un mécanisme de détection des infractions contribue à la prévention générale de celles-ci²⁷⁴.

En ce qui concerne le volet préventif de la corruption active – en particulier d'agents publics étrangers –, il est appréhendé, sur le plan international, essentiellement par

²⁷² *Child Labor Due Diligence Act* adopté par les Pays-Bas.

²⁷³ D'autres instruments de lutte contre la corruption existent également, et l'on songe en particulier à la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption, à laquelle la Suisse n'est pas partie.

²⁷⁴ Cf., en droit européen, la Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

des normes de *soft law* édictées par des organismes supranationaux (OI, ONG) et qui s'adressent directement aux entreprises²⁷⁵.

Conformément à ses engagements internationaux, la Suisse incrimine différentes formes de corruption (art. 322^{ter} ss CP), dont la corruption active et passive d'agents publics étrangers (art. 322^{septies} CP). La corruption active commise *au sein* d'une entreprise est susceptible d'entraîner, en sus de celle de la/des personne(s) physique(s), la responsabilité pénale de l'entreprise elle-même, s'il peut être reproché à cette dernière de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction (art. 102 al. 2 CP).

Pour qu'une infraction soit considérée comme commise « au sein » d'une entreprise, il faut que l'auteur physique entretienne un lien hiérarchique et/ou organisationnel avec celle-ci. Cette condition est susceptible de poser quelques difficultés lorsque l'infraction de corruption est commise par un sous-traitant qui, par définition, n'est pas intégré dans l'entreprise délégante. De manière générale et en résumé²⁷⁶, une infraction commise dans le cadre d'activités sous-traitées ne peut pas *automatiquement* être reprochée à la société délégante, faute – en principe – de rapport hiérarchique et/ou organisationnel avec l'auteur physique. La situation est différente si l'ordre juridique met à charge de l'entreprise un devoir de surveillance, lui conférant une position de garant (cf. art. 11 al. 2 let. a CP), des activités qu'elles sous-traitent, auquel cas le non-respect de cette obligation peut engager la responsabilité de l'entreprise délégante, pour autant que le lien de causalité entre la violation du devoir de surveillance et la commission de l'infraction puisse être établi. On peut également

²⁷⁵ P. ex : les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, chap. VII (le SECO et le Global Compact Network Switzerland ont conjointement adopté un guide pratique relatif à ces principes « les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales dans la pratique », 2^{ème} éd. janvier 2018) ; les *Business Principles for Countering Bribery* de Transparency International ; les Règles de la Chambre de Commerce internationale (ICC) pour combattre la corruption ou encore la norme ISO 37001 « Systèmes de management » anti-corruption. A noter que, sur le plan national, le SECO a édicté une brochure visant à prodiguer certains conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger en vue de prévenir la lutte contre la corruption (SECO, Prévenir la corruption – Conseils aux entreprises suisses actives à l'étranger, 3^{ème} éd. révisée 2017).

²⁷⁶ Cf. pour une analyse détaillée de cette problématique, CASSANI/VILLARD, *Mélanges Donatsch*, p. 599 ss et les réf. citées, notamment RYSER, 180 s. et 193 s.

imaginer, dans des cas « pathologiques », que l'externalisation d'un secteur particulièrement à risque, sans que l'entreprise délégante ne se préoccupe des compétences de son sous-traitant puisse fonder une responsabilité pénale de celle-ci, par le biais d'une position de garant basée sur la création d'un risque au sens de l'art. 11 al. 1 let. d CP. En revanche, une infraction commise par l'agent d'un partenaire d'affaires ne saurait – en principe – engager la responsabilité pénale de l'entreprise qui, à tout le moins sur le plan pénal, ne répond pas des « turpitudes » de son cocontractant.

En ce qui concerne les *mesures d'organisation* concrètes qu'une entreprise doit prendre en matière de lutte contre la corruption, une ordonnance pénale du Ministère public de la Confédération (MPC) de novembre 2021 condamnant trois filiales suisses d'un groupe parapétrolier international sur le fondement de l'art. 102 al. 2 CP décrit, en se référant à divers textes non contraignants²⁷⁷, un catalogue des mesures organisationnelles utiles :

- Analyse du risque de corruption au sein de l'entreprise en fonction des activités exercées, de leur contexte (notamment les risques selon le pays) et de la taille de l'entreprise ;
- Mesures anti-corruption, dont un programme de *compliance* adapté ;
- Politique d'entreprise, code de conduite, directives internes et processus concernant la lutte contre la corruption ;
- Sensibilisation et formation internes concernant la lutte contre la corruption ;
- Contrôle interne du respect des directives et des processus de lutte contre la corruption et procédure disciplinaire y relative ;
- Processus d'évaluation et d'amélioration continue du système de lutte contre la corruption ;

²⁷⁷ En particulier le Guide de l'OCDE de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité du 18 février 2010, les « conseils » du SECO aux entreprises suisse (cités sous n. 275) et les règles de l'ICC pour combattre la corruption.

- Processus interne d'alerte (*whistleblowing*)²⁷⁸.

Sur le plan préventif, la législation suisse ne dispose pas, comme c'est le cas en matière de blanchiment d'argent d'un arsenal préventif spécifique de lutte contre la corruption. Les deux seules mesures, récemment introduites et spécifiquement dédiées à la lutte contre la corruption, que connaît le droit suisse sont l'obligation de rapport des (grandes) entreprises sur les questions non financières notamment en matière de lutte anti-corruption (art. 964*b* al. 1 CO²⁷⁹) et le devoir de transparence en matière de paiement aux gouvernements à charge des entreprises actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires (art. 964*d* al. 1 CO²⁸⁰).

Pour le reste, la prévention de la corruption passe essentiellement par l'autorégulation, au travers de l'adoption et de la mise en œuvre, au sein des entreprises, de codes de conduite et programmes anticorruption, tels que préconisés par les standards (juridiquement non contraignants) internationaux et nationaux.

Par ailleurs, contrairement à ses engagements internationaux, la Suisse ne dispose pas d'un cadre juridique adéquat relatif à la protection du « lanceur d'alerte » en particulier dans le secteur privé. Les lacunes de la législation suisse en la matière ont fait l'objet de critiques réitérées de l'OCDE²⁸¹. Un projet de modification du code des obligations visant à renforcer la protection du lanceur d'alerte était en gestation à Berne pendant sept ans avant d'être définitivement enterré en 2020²⁸².

²⁷⁸ Ordonnance pénale du 18 novembre 2021, SV.20.1217-MGR, N 41 s. ; cf. aussi le communiqué de presse du MPC du 23 novembre 2021 « Trois filiales suisses du groupe parapétrolier SBM Offshore condamnées pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption » ; MARKWALDER, III. Commentaire. Voir également ordonnance pénale du 2 décembre 2022, SV.19.094-POM, N 39 et 46.

²⁷⁹ Cf. *supra* III.C.2.a.

²⁸⁰ Cf. *supra* III.C.3.a.

²⁸¹ Cf. Rapport OCDE 2018, p. 15 ss ; cf. pour une analyse détaillée de la problématique du *whistleblowing*, CASSANI, DPE, Chap. 4.

²⁸² En effet, après un aller-retour au Conseil fédéral qui a été prié de revoir sa copie initiale, le projet de loi, jugé trop complexe, a été définitivement enterré par le Conseil national le 5 mars 2020, suite au refus d'entrer en matière de la Chambre basse, qui avait déjà rejeté le texte dans son ensemble (cf. art. 74 al. 5 et 95 let. a LParl) .

En réalité, à l'heure actuelle, au niveau préventif, l'outil juridique contraignant essentiel servant (indirectement) à la lutte contre la corruption (active) est l'arsenal anti-blanchiment. En effet, qui dit corruption transnationale, dit, généralement, blanchiment des pots-de-vin²⁸³ et, dans une moindre mesure, des revenus obtenus au moyen des marchés obtenus par des paiements corruptifs²⁸⁴. Le lien entre les deux phénomènes se reflète d'ailleurs dans les différents rapports traitant des risques dans le secteur de matières premières : le risque de blanchiment est (toujours) associé à des faits de corruption et non à d'autres (potentielles) infractions préalables (p. ex : vol, escroquerie, etc.).

E. Les instruments de lutte contre le blanchiment d'argent

1. Remarques liminaires

La Suisse est partie à plusieurs conventions générales, ou sectorielles, de lutte contre le blanchiment d'argent, par exemple la Convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, la Convention de l'ONU de 2000 sur la criminalité transnationale organisée, ou encore les trois conventions contre la corruption précitées²⁸⁵ qui requièrent l'incrimination du blanchiment du produit de la corruption.

La Suisse est par ailleurs membre du GAFI²⁸⁶, dont les Recommandations constituent « le » standard international. Si ces Recommandations ne sont, certes, ni directement applicables, ni juridiquement contraignantes, elles sont, politiquement parlant, « incontournables »²⁸⁷. D'ailleurs, les (nombreuses) révisions de l'arsenal suisse anti-blanchiment trouvent souvent leur origine dans une révision des

²⁸³ Cf. pour quelques documents mettant en lien les deux phénomènes : Rapport GCBF corruption 2019 ; Groupe Egmont, FIU Tools ; GAFI, Corruption.

²⁸⁴ Cf. sur ce point ATF 147 IV 479, c. 6.3 et 6.5.1 à 6.5.4, commenté *in* BURGNER.

²⁸⁵ Voir *supra* III. D.

²⁸⁶ Le Groupe d'action financière est un organisme intergouvernemental dont les objectifs consistent en « l'élaboration des normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et les autres menaces liées pour l'intégrité du système financier international » (<https://www.fatf-gafi.org/fr/aproposdugafi/quisommes-nous/>).

²⁸⁷ Cf. pour des détails, CASSANI/VILLARD, RIDP 2019, N 10 ss.

Recommandations du GAFI ou une évaluation, menée par celui-ci, de la conformité de l'ordre juridique suisse auxdites recommandations²⁸⁸.

Il ne peut, enfin, être fait totale abstraction du régime européen de lutte contre le blanchiment d'argent, même si la Suisse n'y est pas liée. Premièrement, en effet, la potentielle influence de la réglementation européenne sur les positions du GAFI ne doit pas être sous-estimée. Deuxièmement, le dispositif européen garde toute sa pertinence s'agissant des risques liés aux activités transfrontières (« *crossborder* »).

En Suisse comme ailleurs, la lutte contre les flux financiers illicites, dite, en termes plus juridiques, lutte contre le blanchiment d'argent, comporte un volet répressif et un volet préventif.

2. Le volet répressif

Le volet répressif de la lutte contre les flux financiers illicites se concrétise essentiellement²⁸⁹ par l'incrimination pénale du blanchiment d'argent. Cette infraction a ceci de particulier qu'elle ne s'attache pas à punir un comportement en lui-même répréhensible, mais à lutter contre le crime en amont²⁹⁰. Plus précisément, elle intervient « au secours » du mécanisme de la confiscation – lequel vise à combattre le crime en lui ôtant sa rentabilité –, en incriminant les comportements propres à rendre plus difficile la confiscation, par les autorités pénales, des produits du crime²⁹¹.

²⁸⁸ Cf. CR LBA-CASSANI, Introduction générale, N 20 ss.

²⁸⁹ Le droit suisse connaît également l'infraction de « défaut de vigilance en matière d'opérations financières », applicable à l'intermédiaire financier qui omet (intentionnellement) d'identifier l'ayant droit économique (art. 305^{ter} CP).

²⁹⁰ Cf. notamment VERVAELE, p. 241 s.

²⁹¹ STESENS, p. 85.

Le blanchiment d'argent est un délit²⁹² réprimé par l'art. 305^{bis} CP et libellé comme suit :

Art. 305^{bis}

1. Celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elles provenaient d'un crime ou d'un délit fiscal qualifié, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

1^{bis}. Sont considérées comme un délit fiscal qualifié, les infractions mentionnées à l'art. 186 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct et à l'art. 59, al. 1, 1^{er} paragraphe, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes, lorsque les impôts soustraits par période fiscale se montent à plus de 300 000 francs.

2. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire de 500 jours-amende au plus est également prononcée.

Le cas est grave, notamment lorsque le délinquant:

- a. agit comme membre d'une organisation criminelle ou terroriste (art. 260^{ter});
- b. agit comme membre d'une bande formée pour se livrer de manière systématique au blanchiment d'argent;
- c. réalise un chiffre d'affaires ou un gain importants en faisant métier de blanchir de l'argent.

3. Le délinquant est aussi punissable lorsque l'infraction principale a été commise à l'étranger et lorsqu'elle est aussi punissable dans l'État où elle a été commise.

Le destinataire de la norme pénale peut être n'importe qui, y compris l'auteur de l'infraction préalable ; en d'autres termes, une personne peut blanchir le produit de son propre crime²⁹³.

²⁹² Sur la distinction entre crime et délit, cf. art. 10 CP.

²⁹³ Jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. p. ex. ATF 145 IV 335, c. 3.1, JdT 2020 IV 15 ; ATF 144 IV 172, c. 7.2, JdT 2018 IV 314, critiquée par une partie de la doctrine (cf. CASSANI, DPE, N 6.90 et les références citées

Les éléments constitutifs objectifs du blanchiment d'argent sont les suivants : (1) des valeurs patrimoniales, (2) un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP ou un délit fiscal qualifié au sens de l'art. 305^{bis} ch. 1^{bis} CP, (3) un lien de provenance entre l'infraction préalable et les valeurs patrimoniales et (4) un acte propre à entraver la confiscation de ces valeurs, subséquent à l'achèvement de l'infraction préalable²⁹⁴. Selon l'art. 70 al. 1 CP en effet, « [l]e juge prononce la confiscation des valeurs patrimoniales qui sont le résultat d'une infraction ou qui étaient destinées à décider ou à récompenser l'auteur d'une infraction, si elles ne doivent pas être restituées au lésé en rétablissement de ses droits ». Toute valeur patrimoniale sujette à confiscation est donc susceptible d'être blanchie, à condition que l'infraction dont elle provient constitue un crime (ou un délit fiscal qualifié).

Sur le plan subjectif, le blanchiment d'argent est une infraction intentionnelle, le dol éventuel au sens de l'art. 12 al. 2 phr. 2 CP étant suffisant²⁹⁵.

Conformément à l'art. 102 al. 2 CP, l'infraction de blanchiment commise au sein d'une entreprise est susceptible d'entraîner, en sus de celle de la/des personne(s) physique(s), la responsabilité pénale de l'entreprise elle-même, s'il peut être reproché à cette dernière de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher l'infraction²⁹⁶.

Si l'on considère l'applicabilité de l'art. 305^{bis} CP dans le cadre du négoce de matières premières, deux conditions sont principalement susceptibles de poser problème au regard des risques pénaux typiques liés à ce type d'activités (corruption, atteintes à la

sous nbp 143). A noter que les Recommandations du GAFI, qui imposent l'incrimination du blanchiment d'argent, permettent aux États de renoncer à la punissabilité de « l'auto-blanchiment » (Cf. Recommandations du GAFI 2012, telles qu'amendées en mars 2022 [version anglaise], ch. 6 de la note interprétative à la Recommandation n° 3).

²⁹⁴ Cf. pour des détails sur la nécessaire césure entre crime préalable et l'infraction subséquente de blanchiment : ACKERMANN/ZEHNDER, art. 305^{bis} StGB N 813 ss.

²⁹⁵ Le dol éventuel en matière de blanchiment suppose que l'auteur « ait connaissance de circonstances faisant naître le soupçon pressant de faits constituant légalement un crime et qu'il s'accommode de l'éventualité que ces faits se soient produits » (cf. p. ex. TF, 6B_1118/2021 du 17 novembre 2021, c. 2.2 ; TF, 6B_908/2009 du 3 novembre 2010, c. 8 [non publié aux ATF 136 IV 188]).

²⁹⁶ Sur la condition de l'infraction commise « au sein » de l'entreprise, cf. *supra* III.D.

santé, infractions environnementales, usure voire traite d'êtres humains) : le crime et le lien de provenance.

Constituent des crimes les infractions de corruption publique (art. 322^{ter} CP, art. 322^{quater} CP, art. 322^{septies} CP), les atteintes intentionnelles graves à l'intégrité corporelle (art. 122 CP) ou encore les infractions d'usure (art. 157 CP) ou de traite d'êtres humains (art. 182 CP).

La corruption privée (art. 322^{octies} et 322^{novies} CP), les lésions corporelles simples (art. 123 CP) ou commises par négligence (art. 125 CP), de même que les dispositions pénales protégeant l'environnement (cf. p. ex., art. 60 et 61 LPE²⁹⁷) sont en revanche de rang délictuel – ou, pour certaines de ces dernières, contraventionnel –, de sorte que ces infractions échappent au dispositif (tant répressif que préventif) de lutte contre les flux financiers illicites. Le régime anti-blanchiment ne pourra donc entrer en ligne de compte que dans l'hypothèse – marginale – où une autre infraction, de rang criminel, devait s'appliquer en concours (p. ex. les art. 127 et 129 CP réprimant la mise en danger de la vie d'autrui ou les crimes créant un danger collectif [art. 221 ss CP] ou contre la santé publique [art. 230^{bis} ss CP]). À noter cela étant qu'une révision de la loi sur la protection de l'environnement est en cours, dont l'un des objectifs est l'amélioration du dispositif pénal en matière d'infractions environnementales²⁹⁸. La procédure de consultation s'est achevée le 30 décembre 2021. L'avant-projet prévoit d'élever certains délits au rang de crimes en cas de circonstances aggravantes (cf. art. 60 AP-LPE), étant précisé que le rapport explicatif y afférent pointe expressément la lacune que constitue l'inapplicabilité de l'art. 305^{bis} CP en matière de criminalité environnementale²⁹⁹. D'ailleurs, selon les Recommandations du GAFI les infractions pénales contre l'environnement font partie des catégories désignées d'infractions que les États doivent considérer comme

²⁹⁷ Loi fédérale sur la protection de l'environnement, RS 814.01 ; cf. aussi pour les autres lois fédérales protégeant l'environnement, sanctions pénales à l'appui, BURGENER/CASSANI, p. 25 ss, nbp 5.

²⁹⁸ A ce propos, voir CF, Communiqué 8.9.2021.

²⁹⁹ OFEV, Rapport explicatif, p. 47.

infractions préalables au blanchiment d'argent³⁰⁰. On rappellera à cet égard que cela ne signifie pas que toutes les infractions pénales contre l'environnement doivent être considérées comme des infractions sous-jacentes au blanchiment, mais qu'il appartient à chaque État de définir quel(s) élément(s) font de ce type de criminalité des infractions dites, dans la terminologie GAFI, « graves » et, donc, préalables au blanchiment³⁰¹. Les exemples d'infractions environnementales donnés par le GAFI reflètent cette idée d'une certaine gravité en ce qu'ils s'articulent autour du trafic de ressources naturelles³⁰².

Comme prévu par l'art. 305^{bis} ch. 3 CP, il importe peu, sur le plan de la punissabilité, que le crime en amont ait été commis en Suisse ou à l'étranger, pourvu qu'il soit également réprimé au lieu de commission.

En ce qui concerne le lien de provenance, cette condition suppose que le crime en amont ait *généré* des valeurs patrimoniales (qui seront donc sujettes à confiscation). Ainsi, le pot-de-vin octroyé à l'agent public et les bénéfices tirés du contrat obtenu grâce au pacte corruptif conclu avec le fonctionnaire constituent des valeurs patrimoniales confiscables³⁰³ et, partant, susceptibles d'être blanchies. En revanche, l'avantage illicite obtenu grâce à une infraction environnementale prendra souvent la forme d'une économie³⁰⁴. Le même constat peut être fait en matière d'infractions contre l'intégrité corporelle, l'idée étant, de manière schématique, la suivante : l'entreprise rogne sur les coûts en ne prenant pas toutes les mesures de sécurité utiles et il en résulte une atteinte à la santé de personnes. En matière d'usure, respectivement de traite d'êtres humains l'avantage patrimonial type sera l'économie de salaire effectuée par l'entreprise.

³⁰⁰ Cf. Recommandations 2012 du GAFI, p. 130 (état octobre 2021). Voir également GAFI, Crimes contre l'environnement.

³⁰¹ Cf. Recommandations 2012 du GAFI, p. 131 (état octobre 2021).

³⁰² Cf. Recommandations 2012 du GAFI, p. 130 (état octobre 2021).

³⁰³ Cf., sur les contours et les limites de la confiscabilité des bénéfices obtenus grâce à un contrat corruptif, ATF 147 IV 479, commenté *in* BURGNER.

³⁰⁴ Cf. BURGNER/CASSANI, p. 35 ; cf. pour les activités illégales qui génèrent des valeurs patrimoniales : Rapport GAFI, Blanchiment de capitaux générés par les crimes contre l'environnement, 2021, p. 8 s.

Or, la question de savoir si une économie peut être sujette à confiscation est débattue³⁰⁵. BURGNER/CASSANI observent que le « problème réside dans le fait qu'une non-dépense est certes arithmétiquement déterminable, mais ne prend pas la forme d'une valeur concrètement localisable dans le patrimoine de l'auteur ou du tiers bénéficiaire »³⁰⁶. Si la jurisprudence admet, sur le principe, qu'une épargne peut être confisquée, elle ne se penche pas sur la question de savoir quelle valeur peut concrètement être confisquée et, par conséquent, blanchie³⁰⁷. Confronté d'ailleurs une fois effectivement à la problématique, le Tribunal fédéral a reconnu que l'avantage illicite que constituait l'économie ne pouvait pas être supprimé par la voie de la confiscation et qu'il fallait passer par une créance compensatrice³⁰⁸. Or, le défaut d'identification d'une valeur sujette à confiscation emporte nécessairement défaut d'identification d'une valeur sujette à blanchiment. La problématique a d'ailleurs été soulevée par la doctrine en lien avec l'introduction du délit fiscal qualifié comme infraction préalable au blanchiment d'argent³⁰⁹. L'avantage tiré du délit fiscal qualifié se matérialise bien souvent dans une économie d'impôt, qui doit donc pouvoir être, d'une manière ou d'une autre, localisée dans le patrimoine de l'auteur pour pouvoir être blanchie³¹⁰. Considérer, par exemple, que l'entier du patrimoine de l'auteur serait « contaminé » du fait de l'économie illicite réalisée revient à estimer, de manière tout à fait déraisonnable, que tous les biens composant le patrimoine de l'auteur peuvent être blanchis et donc, l'empêcher, *de facto* d'effectuer la moindre transaction sous peine de se voir poursuivi en vertu de l'art. 305^{bis} CP³¹¹. Essayer, par ailleurs, d'identifier par quel compte il eût fallu payer plus n'est pas forcément évident et une

³⁰⁵ Cf. CASSANI, DPE, N 6.44.

³⁰⁶ Cf. BURGNER/CASSANI, p. 35.

³⁰⁷ Cf. les références citées *in* BURGNER/CASSANI p. 35, nbp 73.

³⁰⁸ TF, 6B_430/2012 du 8 juillet 2013, c. 3.2. Le mécanisme de la créance compensatrice, prévu à l'art. 71 al. 1 CP, permet au juge, lorsque l'auteur a tiré avantage d'une infraction, mais que celui-ci ne se matérialise plus dans le patrimoine de l'auteur voire d'un tiers, par exemple parce qu'il a été consommé, de prononcer une créance d'un montant équivalant audit avantage.

³⁰⁹ La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se pencher sur la question, mais la problématique de la provenance de l'économie d'impôts a été évoquée par le Tribunal pénal fédéral en 2017 dans une décision sur séquestre, qui a relevé qu'elle devrait être résolue dans la décision au fond (portant notamment sur la confiscation) (TPF, BB.2017.129+130 (etc.) du 27 décembre 2017, c. 10).

³¹⁰ Cf. CASSANI, DPE, N 6.46.

³¹¹ Dans ce sens, CASSANI, DPE, N 6.47.

telle solution fait toujours la part belle à la fiction dans la mesure où les fonds qui alimentent le compte en question restent de provenance licite. Ainsi, si le législateur a décidé – sous la pression internationale il faut bien le dire³¹² – de lutter contre des formes graves d’infractions fiscales au moyen du blanchiment d’argent, la pratique se heurte à la difficulté de concilier la forme de l’avantage patrimonial illicite que constitue l’économie (d’impôt) avec le concept de blanchiment d’argent. C’est, d’ailleurs, la raison pour laquelle une partie de la doctrine considère que la solution réside dans une modification de l’art. 305^{bis} CP, par « l’introduction d’une clause explicite dans le texte légal, précisant qu’en matière de fraude fiscale – exceptionnellement – un acte de dissimulation portant sur la valeur patrimoniale non déclarée est assimilé à un acte de blanchiment d’argent »³¹³.

Au vu de ce qui précède, nous partageons l’opinion selon laquelle si l’avantage tiré du crime consiste en une économie, l’art. 305^{bis} CP ne peut entrer en ligne de compte du fait que l’avantage patrimonial illicite ne se matérialise pas dans des valeurs patrimoniales déterminées.

En résumé, « l’arme » que constitue l’infraction de blanchiment d’argent ne sera souvent pas utilisable en matière d’infractions commises dans le cadre du négoce de matières premières, soit que la norme enfreinte n’est pas de rang criminel, soit que l’avantage tiré de l’infraction se présente sous la forme d’une épargne.

3. Le volet préventif

a. Remarques liminaires

Si, à l’instar du régime répressif, le volet préventif de lutte contre le blanchiment d’argent vise à lutter contre le crime en amont, celui qui a généré les valeurs patrimoniales illicites, il poursuit également – et, peut-on dire, même en premier lieu

³¹² Cf. CASSANI, RPS 2018, p. 180 s.

³¹³ CASSANI, DPE, N 6.50 ; italiques omises.

– un autre objectif : protéger l'intégrité, la stabilité et la réputation du secteur financier³¹⁴.

Il est important, pour la suite de la discussion, de souligner que ce volet préventif s'articule autour de la surveillance d'autrui – en l'occurrence le cocontractant, et non d'une quelconque autosurveillance. En d'autres termes, les devoirs de diligence de la personne soumise au régime anti-blanchiment – devoir d'identification du cocontractant, de l'ayant droit économique et du but de la relation d'affaires, devoir de communiquer un soupçon de blanchiment – visent à prévenir, cas échéant à détecter, l'arrivée de fonds illicites *provenant d'un tiers extérieur à l'assujetti*. Cet « angle d'attaque » n'empêche pas que certaines mesures prévues par la loi sur le blanchiment d'argent – et nous pensons en particulier aux mesures organisationnelles de l'art. 8 de la loi sur le blanchiment d'argent, concrétisées aux art. 23 ss OBA-FINMA – permettent, en second lieu, de prévenir un comportement délictueux à l'interne de l'assujetti³¹⁵.

En droit suisse, le régime préventif anti-blanchiment se matérialise essentiellement³¹⁶ dans la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme (LBA)³¹⁷ et ses ordonnances d'application

³¹⁴ Cf., p. ex. les premières lignes de la 4^{ème} directive anti-blanchiment de l'Union européenne : « Les flux d'argent illicite peuvent nuire à l'intégrité, à la stabilité et à la réputation du secteur financier et menacer le marché intérieur de l'Union, ainsi que le développement international » (Directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme) ; cf. aussi le rapport du Conseil fédéral du 4 décembre 2020, « Leadership mondial, ancrage en Suisse : Politique pour une place financière suisse tournée vers l'avenir », p. 18.

³¹⁵ Cf. CR LBA-VILLARD, art. 8 N 5.

³¹⁶ Certaines obligations tendant à renforcer la transparence des personnes morales sont prévues dans le code des obligations (cf. art. 697j, 790a et 697l CO). En lien avec la révision en cours de la Recommandation n° 24 du GAFI (cf. <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/r24-public-consultation-oct-2022.html>), le Conseil fédéral a chargé en date du 12 octobre 2022, le Département fédéral des finances d'élaborer un projet de loi visant à accroître la transparence et à faciliter l'identification des ayants droits économique des personnes morales (<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-90662.html>). Sur le plan de la coopération internationale – évidemment indispensable s'agissant de criminalité transfrontière – on peut mentionner, en sus des instruments classiques de l'entraide, la loi fédérale sur le blocage et la restitution des valeurs patrimoniales d'origine illicite de personnes politiquement exposées à l'étranger et qui vise notamment au blocage et à la confiscation de valeurs patrimoniales en cas d'échec de l'entraide judiciaire.

³¹⁷ RS 955.0.

(l'ordonnance du Conseil fédéral sur le blanchiment d'argent [OBA]³¹⁸, l'ordonnance sur le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent [OBCBA]³¹⁹, ainsi que, en fonction de la personne assujettie, l'ordonnance de la FINMA sur le blanchiment d'argent [OBA-FINMA]³²⁰, l'ordonnance de la CFM sur le blanchiment d'argent [OBA-CFM]³²¹, l'ordonnance du DFJP sur le blanchiment d'argent [OBA-DFJP]³²² et l'ordonnance de l'OFDF sur le blanchiment d'argent³²³).

b. Le champ d'application matériel

Le régime suisse anti-blanchiment repose sur les notions « d'intermédiaire financier » et, dans une moindre mesure, de « négociant », dernier terme qui désigne les « personnes physiques ou morales qui, à titre professionnel, négocient des biens et reçoivent *des espèces*³²⁴ en paiement » (art. 2 al. 1 let. b LBA)³²⁵.

i. Les intermédiaires financiers

Conformément à l'art. 2 al. 3 LBA, sont des intermédiaires financiers « les personnes qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers ».

La let. c de l'art. 2 al. 3 LBA précise que sont en particulier réputées intermédiaires financiers les personnes qui « *font le commerce, pour leur propre compte ou pour celui de tiers, de billets de banque ou de monnaies, d'instruments du marché monétaire, de devises,*

³¹⁸ Ordonnance sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.01.

³¹⁹ RS 955.23.

³²⁰ Ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier, RS 955.033.0.

³²¹ Ordonnance de la Commission fédérale des maisons de jeu concernant les obligations de diligence des maisons de jeu en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.021.

³²² Ordonnance du DFJP concernant les obligations de diligence des exploitants de jeux de grande envergure en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, RS 955.022.

³²³ Ordonnance de l'OFDF sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le négoce des métaux précieux bancaires (entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2023), RS 955.023.

³²⁴ Nous mettons en italiques.

³²⁵ Le terme français « négociant » peut ainsi porter à confusion, celui de « commerçant » apparaissant plus adéquat. C'est d'ailleurs la terminologie choisie par les versions allemande et italienne de la LBA (« *Händlerinnen/Händler* », resp. « *commercianti* »).

de métaux précieux, de matières premières ou de valeurs mobilières (papiers-valeurs et droits-valeurs) et de leurs dérivés »³²⁶.

Ainsi, à teneur de texte, les négociants en matières premières semblent (bel et bien) assujettis à la législation anti-blanchiment (sans restriction)³²⁷.

Mais la lettre de la loi est ici trompeuse. En 2000, soit trois ans après l'entrée en vigueur de la LBA, le chef de l'(ancienne) Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et la chef juridique de cette même entité indiquaient, dans une contribution destinée aux praticiens, qu'« [u]ne personne, morale ou physique, qui effectue une transaction dans le domaine du commerce des matières premières, ne devra être qualifiée d'intermédiaire financier au sens de l'article 2, al. 3, let. c que si elle agit pour un tiers. (...) En revanche, si une personne morale ou physique effectue une opération dans ce domaine pour son compte, en son propre nom, à ses propres risques, sans relation contractuelle préalable avec le client à qui elle destine la marchandise, et qu'elle revend ensuite la marchandise, il n'y a pas intermédiation financière »³²⁸. La notion de « pour leur propre compte » viserait à éviter que les intermédiaires financiers puissent se prévaloir de rapports – par exemple de propriété – purement formels pour se soustraire à leurs obligations LBA³²⁹.

Toutefois, deux ans plus tard, l'Autorité de contrôle observait, dans son rapport annuel 2002³³⁰ que :

Depuis l'entrée en vigueur de la loi sur le blanchiment d'argent, il n'y a guère de question qui ait provoqué autant de discussions que celle de la portée de son art. 2, al. 3, let. c. **La controverse porte essentiellement sur la question de savoir dans quelle mesure le négoce en matières premières relève du secteur financier**

³²⁶ Nous mettons en italiques.

³²⁷ A noter que le message du Conseil fédéral de 1996 ne s'attarde pas sur cette question (cf. Message du 17 juin 1996 relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier, FF 1996 II 1057).

³²⁸ HUBER/POLLI, p. 201.

³²⁹ HUBER/POLLI, p. 200.

³³⁰ P. 12.

soumis à la loi sur le blanchiment d'argent lorsqu'il prend la forme du « négoce pour propre compte », autrement dit lorsque le négociant effectue l'achat et la vente de matières premières pour son propre compte³³¹.

L'Autorité de contrôle a rendu publique sa décision de principe sur l'assujettissement du négoce en matières premières le 18 janvier 2002, lors d'une conférence de presse ayant pour objet la prise de position du Conseil fédéral sur le rapport de la Commission de gestion du Conseil national consacré aux problèmes d'exécution de la loi sur le blanchiment d'argent. **Selon son interprétation de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA, non seulement le commerce de matières premières effectué pour le compte de tiers est soumis à la loi, mais également les transactions effectuées pour son propre compte. Est excepté le cas où le négoce pour propre compte n'est pas effectué dans un but de négoce, mais dans le but d'une utilisation et d'une transformation pour son propre compte. Par conséquent, il incombe à l'Autorité de contrôle d'examiner au cas par cas si l'activité commerciale des négociants en matières premières constitue un service financier et donc si cette dernière est soumise à sa surveillance selon la loi sur le blanchiment d'argent**³³².

Au printemps 2002, l'Autorité de contrôle a reçu des dizaines de demandes concernant l'assujettissement au titre du négoce en matières premières. De son côté, elle s'est efforcée de concrétiser plus avant sa pratique. En outre, elle s'est entretenue avec divers négociants en matières premières afin d'élaborer des principes de mise en œuvre conformes aux exigences légales et tenant compte judicieusement des particularités majeures de cette branche.

Cette position a été critiquée par une partie de la doctrine³³³. Celle-ci a tout d'abord mis en avant un argument littéral : conformément à la définition générale de l'art. 2 al. 3 LBA, seuls peuvent être considérés comme intermédiaires financiers les négociants en matières premières qui, à titre professionnel, acceptent, gardent en dépôt ou aident à placer ou à transférer des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers³³⁴. Ces auteurs ont également fait remarquer que, au niveau supranational –

³³¹ Nous mettons en évidence.

³³² Nous mettons en évidence.

³³³ SCHMID/ LÖTSCHER, p. 1266 ss; dans le même sens que SCHMID/LÖTSCHER, W. DE CAPITANI, art. 2 LBA N 119.

³³⁴ SCHMID/LÖTSCHER, p. 1268 s.

Recommandations du GAFI et directives de l'UE – le commerce de matières premières n'était pas soumis au dispositif anti-blanchiment³³⁵. Sur le plan téléologique, la LBA s'adressait au secteur financier et non à celui du commerce³³⁶. Enfin, il ne serait pas nécessaire, pour atteindre les objectifs visés à la LBA, d'y assujettir le négoce de matières premières pour compte propre ; or, la surveillance instaurée par cette loi constitue une restriction à la liberté économique (art. 27 Cst.) et à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), qui n'est admissible qu'aux conditions de l'art. 36 Cst³³⁷.

En réponse à cette position, un autre auteur a défendu le point de vue contraire³³⁸. À titre liminaire, il sous-entend que la doctrine précitée ne serait pas impartiale, du fait de son intervention en tant qu'expert, respectivement avocat, dans une procédure dont l'objet était précisément l'applicabilité de la LBA au négoce de matières premières³³⁹.

Sur le fond, ZIMMERMANN a relevé tout d'abord que plusieurs commerces « pour compte propre » étaient soumis à la LBA, tels le commerce de valeurs mobilières au sens de l'ancienne LBVM, de devises ou de métaux précieux³⁴⁰. Une interprétation purement grammaticale de l'art. 2 al. 3 let. c LBA englobe le commerce des matières premières pour compte propre dans le dispositif anti-blanchiment et cette disposition est une *lex specialis* par rapport à la clause générale de l'art. 2 al. 3³⁴¹. Celui qui fait du commerce pour son propre compte accepte des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers (la prestation de son cocontractant) et les échange contre des matières

³³⁵ SCHMID/LÖTSCHER, p. 1270 et 1272 s.

³³⁶ SCHMID/LÖTSCHER, p. 1274. On rappelle ici que, depuis 2016, le champ d'application de la LBA a été étendu, à des conditions très restrictives (transaction en espèces de plus de CHF 100'000.-) au secteur du commerce (cf. art. 2 al. 1 let. b *cum* art. 8a LBA) et *infra* III.E.3.b.ii.

³³⁷ SCHMID/LÖTSCHER, p. 1274 s.

³³⁸ ZIMMERMANN, p. 1441 ss.

³³⁹ ZIMMERMANN, p. 1441 s.

³⁴⁰ ZIMMERMANN, p. 1443 et 1447 ; *contra* : HUBER et POLLI qui estimaient, quant à eux, que le commerce de métaux précieux n'était soumis à la LBA que si le négociant agissait pour compte de tiers (p. 201). A l'heure actuelle, le commerce de devises pour compte propre n'est pas soumis à LBA ; l'est en revanche celui de monnaies courantes et de billets de banque ayant cours (cf. art. 5 al. 1 let. a et b OBA).

³⁴¹ ZIMMERMANN, p. 1445 s.

premières³⁴². Il était par ailleurs loisible au législateur suisse d'aller plus loin que les standards internationaux³⁴³. Quant au risque que la matière première soit payée avec de « l'argent sale », il n'apparaît pas différent selon que la transaction est effectuée pour compte propre ou pour compte de tiers³⁴⁴. La conclusion découlant de l'interprétation de la loi étant claire, il n'y a pas de place pour une interprétation conforme à la Constitution (cf. art. 191 Cst.)³⁴⁵.

Dans son rapport annuel 2003, l'Autorité de contrôle a fait « volte-face » par rapport à l'année précédente et annoncé qu'« [a]près une analyse très approfondie », elle avait « réexaminé sa pratique concernant l'assujettissement des négociants en matières premières à la loi sur le blanchiment d'argent » et qu'elle avait « partiellement modifié ses précédentes décisions dans le domaine »³⁴⁶.

L'Autorité de contrôle a ainsi indiqué que³⁴⁷ :

Selon cette nouvelle pratique, **sont soumises à la loi les personnes qui achètent ou vendent à titre professionnel *en bourse, pour le compte de tiers, des matières premières ou des dérivés sur matières premières. Par contre, les personnes négociant pour leur propre compte des matières premières ou des dérivés sur matières premières ne sont pas des intermédiaires financiers***³⁴⁸.

La restriction aux matières premières et dérivés sur matières premières négociés en bourse résulte du fait que les instruments négociés hors bourse ne sont pas suffisamment liquides par manque de standardisation et que leur négoce ne doit par conséquent jamais être qualifié d'activité financière au sens de la loi sur le blanchiment d'argent. S'appuyant sur la législation bancaire, l'Autorité de contrôle part du principe qu'une bourse est un marché organisé, avec publication régulière des cours et sur lequel les cours sont fixés normalement tous les jours par au moins trois «market makers» indépendants les uns des autres.

³⁴² ZIMMERMANN, p. 1446 s.

³⁴³ ZIMMERMANN, p. 1450.

³⁴⁴ ZIMMERMANN, p. 1451.

³⁴⁵ ZIMMERMANN, p. 1451 s.

³⁴⁶ P. 4.

³⁴⁷ P. 14.

³⁴⁸ Nous mettons en évidence et en italiques.

De même, dans une « brochure » de 2003 consacrée à lutte contre blanchiment d'argent, l'Autorité de contrôle mentionnait comme intermédiaire financier « les négociants en matières premières (dans le cas de commerce boursier pour le compte de tiers) »³⁴⁹.

En 2008, cette même autorité a publié sa pratique relative au champ d'application de la LBA dans le secteur non bancaire. Elle y rappelle que le négoce de matières premières pour propre compte n'est pas assujetti et précise que :

Cette règle ne vaut toutefois que pour les activités de négoce menées véritablement pour compte propre, c'est-à-dire lorsqu'une personne conclut des affaires en son nom propre, exclusivement avec son propre patrimoine, dans son propre intérêt et à ses propres risques. Si le négoce est toutefois pratiqué à la commission, c'est-à-dire certes en nom propre, mais pour le compte de tiers, il est soumis à la LBA. Dans le cas du négoce de métaux précieux, tant le commerce pour le compte de tiers que le véritable commerce pour compte propre sont soumis à la LBA. (...) [Par ailleurs], [s]eul le négoce de matières premières et de dérivés de matières premières qui intervient en bourse est soumis à la LBA. Les matières premières physiques et leurs dérivés ne sont en effet suffisamment liquides pour faire l'objet d'une opération financière que lorsqu'ils sont négociés sur une bourse. Faute de standardisation complète, les matières premières négociées hors bourse ne peuvent se vendre sans autres. Le négoce hors bourse n'est par conséquent pas soumis à la LBA³⁵⁰.

Une année plus tard, le Conseil fédéral adoptait une nouvelle ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel (OIF³⁵¹), laquelle reprenait l'ordonnance alors en vigueur de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel

³⁴⁹ La lutte contre le blanchiment d'argent en Suisse, État : Octobre 2003, Brochure publiée à l'occasion d'une séance d'information de la presse du 25 octobre 2002 à Berne et actualisée à l'occasion de la séance d'information de la presse du 30 octobre 2003 à Berne, p. 33.

³⁵⁰ DFF, Pratique de l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent relative à l'art. 2 al. 3 LBA – Champ d'application de la loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire, 29 octobre 2008, p. 42 et 44.

³⁵¹ RS 955.071.

(muette sur la question du négoce de matières premières)³⁵², ainsi que la pratique de l'Autorité de surveillance. Cette ordonnance non seulement décrivait les activités considérées comme de l'intermédiaire financière, mais recensait également celles qui ne l'étaient pas.

On pouvait ainsi lire à l'art. 5 de l'ancienne OIF :

Art. 5 Activité de négoce

(art. 2, al. 3, let. c, LBA)

¹ Il y a activité de négoce en particulier lorsque l'intermédiaire financier pratique pour le compte d'un cocontractant l'achat et la vente de billets de banque, de monnaies, de devises ou de métaux précieux bancaires ainsi que le change.

² Sont également considérés comme une activité de négoce:

a. le commerce pour propre compte de monnaies courantes et de billets de banque qui ont cours;

b. **le négoce pour le compte de tiers de matières premières**³⁵³ qui intervient en bourse, ainsi que celui qui n'intervient pas en bourse, pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps;

c. le négoce pour propre compte de métaux précieux bancaires.

³ Le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité de négoce que lorsqu'il est effectué par des négociants en valeurs mobilières au sens de la loi du 24 mars 1995 sur les bourses.

⁴ L'activité de change à titre accessoire n'est pas considérée comme une activité de négoce.

En 2013, à l'occasion d'une révision de la LBA faisant suite aux (nouvelles) recommandations 2012 du GAFI, le Département fédéral des finances, dans son

³⁵² OAIF-FINMA, RS 955.20. Cette ordonnance, édictée par l'Autorité de contrôle en matière de lutte contre le blanchiment d'argent est entrée en vigueur en 2002 [elle ne contenait pas de dispositions spéciales relatives à l'assujettissement du négoce de matières premières] ; son intitulé a été modifié lors de la création de la FINMA, qui a pris ses fonctions au 1^{er} janvier 2009.

³⁵³ Nous mettons en évidence.

rapport explicatif à l'appui de l'avant-projet de révision, évoque dans une « digression » le négoce de matières premières pour compte propre. Il justifie la non-soumission de cette activité au dispositif anti-blanchiment avec trois arguments : (1) le risque de blanchiment d'argent lié à l'opération d'achat/vente de matières premières serait limité, (2) dans la mesure où le négociant est lui-même cocontractant et ayant droit économique de la marchandise, l'assujettissement des négociants reviendrait à une auto-application des obligations de diligence qui ne ferait aucun sens³⁵⁴ et (3) les recommandations du GAFI ne requièrent pas la soumission du commerce de matières premières au régime anti-blanchiment³⁵⁵.

En 2015, l'ancien art. 5 aOIF a été repris avec quelques modifications à l'actuel art. 5 OBA³⁵⁶ :

Art. 5 Activité de négoce

¹ Sont considérés comme activités de négoce au sens de l'art. 2, al. 3, let. c, LBA:

- a. l'achat et la vente pour le compte de tiers de billets de banque, de monnaies, de devises ou de métaux précieux bancaires ainsi que le change;
- b. le commerce pour propre compte de monnaies courantes et de billets de banque qui ont cours;
- c. le négoce boursier de matières premières pour le compte de tiers,**
- d. le négoce hors bourse de matières premières pour le compte de tiers, pour autant que les matières premières atteignent un degré de standardisation si élevé qu'elles peuvent être liquidées en tout temps³⁵⁷;**
- e. le négoce pour propre compte de métaux précieux bancaires.

³⁵⁴ Dans le même sens, GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, juin 2015, p. 123.

³⁵⁵ DFF, Rapport explicatif 2013, p. 26.

³⁵⁶ Cf. aussi, sur cette disposition, la Circ.-FINMA 2011/1 « Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA » Cm 72 à 74.

³⁵⁷ Nous mettons en évidence.

² Le négoce de valeurs mobilières n'est considéré comme une activité de négoce que s'il requiert une autorisation au sens de la loi fédérale du 15 juin 2018 sur les établissements financiers (LEFin).

³ L'activité de change à titre accessoire n'est pas considérée comme une activité de négoce.

Ainsi, la situation est, à l'heure actuelle et *de lege lata*, claire : les activités de production et de négoce de matières premières pour compte propre – et pour compte de tiers si les matières premières en question n'atteignent pas le degré de standardisation décrit à l'art. 5 al. 1 let. d OBA – ne sont pas assujetties au dispositif anti-blanchiment, à l'exception des métaux précieux bancaires³⁵⁸.

ii. Les négociants

Depuis 2016, suite à la révision LBA découlant de la version 2012 des Recommandations du GAFI, le dispositif suisse anti-blanchiment ne repose plus uniquement sur la notion d'intermédiation financière : le négoce professionnel de biens en échange de paiements en espèces est, conformément à l'art. 2 al. 1 let. b LBA, une activité assujettie à la LBA. Les effets de ce « changement de paradigme » demeurent très limités dès lors que, cumulativement, : (1) seules sont concernées les transactions *en espèces* et (2) seules sont concernées les transactions de plus de CHF 100'000 (!) (cf. art. 8a LBA)³⁵⁹.

Conformément à l'art. 15 OBA « [s]ont considérés comme biens les objets mobiliers corporels qui peuvent faire l'objet d'une vente mobilière en vertu de l'art. 187 du code des obligations ou les immeubles qui peuvent faire l'objet d'une vente d'immeubles en vertu de l'art. 216 du code des obligations ».

³⁵⁸ Conformément à l'art. 178 al. 2 let. a OCMP sont des métaux précieux bancaires : a) les lingots et les grenailles d'or au titre minimal de 995 millièmes; b. les lingots et les grenailles d'argent au titre minimal de 999 millièmes, et c. les lingots et les mousses de platine et de palladium au titre minimal de 999,5 millièmes (Ordonnance du Conseil fédéral du 8 mai 1934 sur le contrôle du commerce des métaux précieux bancaires et des ouvrages en métaux précieux, RS 941.311). Selon un rapport du Conseil fédéral de 2020, environ 20 « petits et moyens » négociants en matières premières remplissaient les conditions de l'art. 5 al. 1 let. c et d OBA étaient donc affiliés à des organismes d'autorégulation (OAR).

³⁵⁹ Selon la conception défendue ici, ce seuil de plus de CHF 100'000.- vaut tant pour les obligations de diligence que pour le devoir de communication (cf. CR LBA-VILLARD, art. 9 N 132 et réf. citées sous nbp 282).

La notion d'objet mobilier corporel renvoie à l'art. 713 CC³⁶⁰ qui la définit comme « les choses qui peuvent se transporter d'un lieu dans un autre, ainsi que les forces naturelles qui sont susceptibles d'appropriation et ne pas comprises dans les immeubles ».

Les matières premières rentrent bien dans le champ d'application de l'art. 713 CC, de sorte que des transactions sur les matières premières constituent une activité soumise au dispositif anti-blanchiment, mais ce uniquement *en cas d'argent liquide s'élevant à plus de CHF 100'000.-* impliqué dans la transaction en question.

Le lecteur l'aura déjà compris, l'art. 2 al. 1 let. b LBA n'a (quasiment) aucune portée pratique pour le secteur des matières premières.

c. Les (non) remises en cause du système

Si le secteur des matières premières n'est pas directement assujéti au dispositif anti-blanchiment, il est toutefois supervisé de manière « indirecte », par le biais du *financement* du négoce de matières premières³⁶¹, qui constitue de l'intermédiation financière, pour autant que le négociant « passe » par un établissement établi en Suisse³⁶². Se pose dès lors la question de savoir si une telle surveillance indirecte est suffisante pour juguler les risques de flux financiers illicites dans le secteur des matières premières. Le Conseil fédéral s'est penché là-dessus dans un rapport du 26 février 2020, rapport donnant suite au postulat 17.4204 Seydoux-Christe du 14 décembre 2017 et qui, à notre sens, souffre d'un manque de lisibilité, découlant probablement en partie du caractère délicat de la problématique et des intérêts - potentiellement - divergents en présence.

Dans son analyse³⁶³, le Conseil fédéral observe qu'à l'instar de toute entreprise, les sociétés de négoce sont (théoriquement) confrontées à des infractions pénales

³⁶⁰ CR LBA-CHAPPUIS/BURGENER, art. 2 N 322.

³⁶¹ A propos du financement du négoce de matières premières, voir not. PIMP, Rapport de base 2013, p. 14 (financement à hauteur de 70 à 80% par les banques) ; CF, Rapport de base 2018, p. 14.

³⁶² CF, Rapport 2020, p. 9 s.

³⁶³ Voir *supra* II.C. pour plus de détails.

diverses, telles l'escroquerie, le financement du terrorisme ou encore la manipulation de cours, avant d'évoquer le risque pénal le plus important : la corruption d'agents publics étrangers (cf. art. 322^{septies} CP)³⁶⁴.

Du point de vue des établissements financiers, une analyse concrète amène le Conseil fédéral à considérer que « la place financière suisse (...) est particulièrement exposée au risque de blanchiment d'argent lié au négoce de matières premières tant à travers ses banques qu'à travers les négociants établis en Suisse. Cela représente non seulement un défi pour les entreprises, mais aussi un risque pour l'intégrité ainsi qu'un risque de réputation pour la Suisse en tant que siège de ces entreprises »³⁶⁵.

Constat qui n'empêche pas le Conseil fédéral d'estimer qu'un « assujettissement à la LBA des négociants agissant pour compte propre n'améliorerait probablement pas de manière significative la prévention de la lutte contre le blanchiment d'argent, notamment parce que le dispositif actuel transposé au négoce imposerait en premier lieu des devoirs de diligence dans les opérations où les sociétés soumises vendent des matières premières, alors que leurs risques sont plus élevés du côté de l'acquisition des matières premières. En outre des considérations de coûts et de compétitivité de la place économique suisse entrent également en ligne de compte. En effet, un assujettissement à la LBA entraînerait pour ces acteurs des coûts importants, notamment en matière de révisions, mais aussi de contributions financières aux [organismes d'autorégulation] et d'adaptations organisationnelles à l'interne pour répondre aux règles définies (service de compliance LBA, formations, documentation) »³⁶⁶.

En ce qui concerne le financement du commerce des matières premières, le Conseil fédéral souligne que ni le droit bancaire, ni la législation anti-blanchiment ne

³⁶⁴ CF, Rapport 2020, p. 7, 16 et 19 ; cf. aussi GCBF, Rapport « National Risk Assessment (NRA) : La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent », avril 2019, p. 23 et 26.

³⁶⁵ CF, Rapport 2020, p. 9 ; cf. aussi GCBF, Rapport « National Risk Assessment (NRA) : La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent », avril 2019, p. 23, 26 et 63.

³⁶⁶ CF, Rapport 2020, p. 10.

prévoient de dispositions spéciales dans le domaine³⁶⁷ et que « [p]our octroyer un crédit, la banque doit très bien connaître son client, l'opération que le crédit servira à financier, les contreparties impliquées et les pays concernés, ainsi que les flux et volumes de transactions annuel prévus »³⁶⁸. Il souligne ensuite qu'une fois le montant du crédit transféré auprès d'une banque tierce, la banque prêteuse ne peut évidemment plus contrôler l'utilisation ultérieure des fonds (qui pourraient, par hypothèse, servir pas la suite de pot-de-vin)³⁶⁹. Le rapport relève encore que, lorsque l'établissement financier ne finance pas l'opération de négoce et n'est impliqué que dans le trafic de paiement, il a une connaissance moins grande du dossier et il lui est plus compliqué d'identifier d'éventuelles transactions de négoce illégales³⁷⁰. Le Conseil fédéral évoque également des facteurs (complexité des schémas financiers, ampleur des volumes échangés, manque de transparence des instruments financiers utilisés) compliquant la détection des cas suspects par les banques³⁷¹.

Ce nonobstant, le Conseil fédéral conclut que « les devoirs de diligence des banques et leur mise en œuvre sont globalement adéquats » et qu'un « assujettissement supplémentaire à la LBA des négociants agissant pour compte propre n'est pas proportionné aux risques et aux coûts impliqués par une telle mesure et n'apporterait pas une amélioration matérielle significative de la prévention dans ce domaine »³⁷².

Il préconise plutôt une approche axée sur la mise en œuvre de normes – à ce stade essentiellement autorégulatrices – visant à prévenir la corruption³⁷³.

³⁶⁷ Les risques découlant de l'activité de financement du commerce (en général et non pas uniquement dans le secteur des matières premières) ont donné lieu à des Recommandations édictées conjointement par le Groupe Wolfsberg, la Chambre de Commerce internationale et la BAFT (Bankers Association for finance and trade), les « *Trade Finance Principles* » dont la deuxième édition date de 2019.

³⁶⁸ CF, Rapport 2020, p. 12.

³⁶⁹ CF, Rapport 2020, p. 12.

³⁷⁰ CF, Rapport 2020, p. 13.

³⁷¹ CF, Rapport 2020, p. 18.

³⁷² CF, Rapport 2020, p. 21.

³⁷³ CF, Rapport 2020, p. 21 ; cf. aussi GCBF, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme, juin 2015, p. 123 qui, outre l'autorégulation, préconise de s'appuyer plutôt sur les réglementations visant à la transparence.

La doctrine, comme l'administration fédérale, justifie la distinction entre négoce des matières premières pour propre compte et pour compte de tiers : (1) par l'argument que la soumission du commerce pour propre compte est contraire au système, la notion d'intermédiation financière au sens de l'art. 2 al. 3 LBA s'articulant autour d'un pouvoir de disposition sur des valeurs patrimoniales appartenant à des tiers³⁷⁴ et (2) par le constat que le risque de blanchiment d'argent, respectivement de financement du terrorisme est plus élevé en cas de commerce pour compte de tiers³⁷⁵.

À ces justifications a été opposée l'observation selon laquelle certaines activités de négoce pour compte propre, à savoir le commerce de monnaies courantes et de billets de banque ayant cours (art. 5 al. 1 let. b OBA) ainsi que le commerce de métaux précieux bancaires (art. 5 al. 1 let. e OBA), étaient pourtant considérées comme de l'intermédiation financière³⁷⁶. Les concepts d'intermédiaire financière et d'activité pour compte propre ne seraient donc pas incompatibles.

Dans son Commentaire sur l'ordonnance d'activité d'intermédiaire financier, le Conseil fédéral explique l'assujettissement du commerce précieux bancaires au dispositif anti-blanchiment par un renvoi à l'(ancienne) Recommandation n° 12 du GAFI – actuelle Recommandation n° 22 – selon laquelle, *dixit* le gouvernement, « toute forme de négoce de métaux précieux – y compris donc le négoce pour propre compte – doit être considérée comme exposée au risque de blanchiment d'argent et requiert donc des obligations de diligence et d'identification »³⁷⁷.

Les propos du Conseil fédéral peuvent porter à confusion en ce qu'ils laissent penser que, dans ses Recommandations, le GAFI relève *expressément* le risque de blanchiment d'argent associé au négoce de métaux précieux, ce qui n'est pas le cas.

La réalité est un peu plus nuancée. Depuis 2003, les négociants en métaux précieux et pierres précieuses sont considérés comme des « professions non financières

³⁷⁴ Cf. NAGEL, N 518; SCHÄREN, N 115.

³⁷⁵ Cf. NAGEL, N 518.

³⁷⁶ RYBI/LONGCHAMP, p. 258 s.

³⁷⁷ DFF, Bref commentaire de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire financier exercée à titre professionnel, Novembre 2009, p. 6.

désignées » auxquelles les obligations de diligence anti-blanchiment s'appliquent, lorsqu'ils effectuent avec un client des transactions en espèces pour un montant d'USD, respectivement EUR de 15'000.- ou plus³⁷⁸.

De manière plus générale, c'est bien sous cet angle que le secteur des matières premières est appréhendé par les Recommandations du GAFI. Les professionnels de ce secteur ne sont soumis à des obligations de diligence LBA que lorsqu'une transaction implique des espèces d'un montant de minimum USD/EUR 15'000.-.

Il en va de même du dispositif européen anti-blanchiment. Le domaine des matières premières n'est pas mentionné dans la (longue) liste des différentes activités qui, sans relever du secteur financier au sens strict, sont soumises au régime anti-blanchiment, de sorte qu'il « tombe » dans la catégorie résiduelle des « autres personnes négociant des biens », assujetties à la directive dans la mesure où les paiements sont effectués ou reçus en espèces pour un montant égal ou supérieur à EUR 10'000.-, que la transaction soit exécutée en une fois ou sous la forme d'opérations fractionnées qui semblent être liées » (art. 2 ch. 3 *a contrario* et art. 2 ch. 3 let. e de la 4^{ème} directive européenne anti-blanchiment telle que modifiée par la 5^{ème} directive).

« Transposés » en droit suisse, les régimes anti-blanchiment du GAFI et de l'UE relatifs au secteur des matières premières « correspondent » donc au dispositif aujourd'hui prévu pour les négociants³⁷⁹ et non à celui applicable aux intermédiaires financiers.

F. Synthèse

De ce tour d'horizon du cadre juridique suisse relatif au secteur des matières premières, les constats suivants peuvent être tirés :

³⁷⁸ Cf. Recommandation n° 12 let. c) et note interprétative aux Recommandations 5, 12 et 16 des Recommandations 2003 du GAFI ; Recommandation n° 22 let. c), 23 let. b) et note interprétative aux Recommandations 22 et 23 des Recommandations 2012 du GAFI (telles que mises à jour à octobre 2021).

³⁷⁹ Voir *supra* III.E.3.b.ii.

- Le cadre juridique suisse contraignant spécifiquement destiné au secteur des matières premières est quasiment inexistant.
- Certains risques typiques sont, depuis tout récemment, appréhendés par le code des obligations, mais ce de manière très limitée, que ce soit par rapport au contenu de l'obligation légale ou au champ d'application matériel (cf. en particulier *supra* IV.C.2.a., 3.a. et 4.a).
- Le devoir général et « de base » qu'est le devoir de diligence n'est explicitement consacré que dans le cadre tout à fait restrictif d'activités en lien avec des minerais ou des métaux provenant de zones de conflit ou pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail d'enfants (art. 964j ss CO ; cf. *supra* IV.C.4.a). La violation de ce devoir n'est pas pénalement sanctionnée ; seule l'établissement d'un faux rapport ou l'omission d'en établir un l'est (art. 325^{ter} al. 1 let. a CO)³⁸⁰.
- Le contrôle des quelques rares obligations consacrées par le code des obligations est quasiment inexistant (cf. *supra* IV.C.2.a., 3.a. et 4.a).
- Malgré l'importance – pourtant identifiée – des risques liés au secteur des matières premières (tant sur le plan qualitatif que quantitatif), et la pléthore de rapports consacrés à ces risques, les autorités affichent une réticence certaine à s'engager dans la voie d'une « vraie » réglementation et continuent (pour l'instant) à privilégier l'autorégulation³⁸¹. La position des autorités européennes est différente, le droit européen s'acheminant vers une législation contraignante visant à régler le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (cf. *infra* IV.A.1.).
- S'agissant plus particulièrement des risques pénaux, toute personne physique qui s'adonne à de la corruption ou du blanchiment d'argent³⁸² en répond pour

³⁸⁰ GEISSER, Ansätze, p. 1359.

³⁸¹ Cf. CF, Rapport 2020, p. 21.

³⁸² A noter que les atteintes aux droits humains et à l'environnement sont – peut-être de manière un peu surprenante – jamais présentés dans les instruments y relatifs en tant que – potentielles – infractions pénales mais il est clair que toute personne physique à qui un comportement constitutif de lésions corporelles (art. 122, 123 ou 125 CP), d'usure (art. 157 CP) voire de traite d'êtres humains (art. 182 CP) ou encore de violations au droit

autant que le droit suisse lui soit spatialement applicable (conformément aux art. 3 à 8 CP), de même que l'entreprise aux conditions de l'art. 102 al. 2 CP (cf. *supra* IV.D. et E.2). En revanche, le cadre juridique préventif de lutte contre le blanchiment d'argent ne s'applique *directement* que de manière tout à fait limitée au secteur des matières premières puisque l'assujettissement de l'entreprise suppose soit qu'elle exerce une activité (cas échéant accessoire) d'intermédiation financière (ex : financement du commerce des matières premières) ou qu'elle effectue le négoce pour compte de tiers (cf. *supra* IV.E.3.i).

IV. Des pistes de réflexion pour une amélioration du cadre juridique existant

A. Les développements européens et la « tentative avortée » helvétique

1. Remarques liminaires

En 2021, le Conseil fédéral rappelait qu'il allait suivre attentivement les développements en matière de responsabilité des entreprises (en général) et dans le secteur des matières premières (en particulier) au niveau international, en particulier au sein de l'UE³⁸³. Le 25 novembre 2022, l'Office fédéral de la justice a publié un rapport exposant notamment les différences entre, d'une part, la nouvelle directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises³⁸⁴ et la proposition de directive de la Commission européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et, d'autre part, la législation suisse en vigueur³⁸⁵. Cet engagement du gouvernement nous conduit à entamer ce chapitre consacré aux améliorations du cadre juridique suisse par une présentation, limitée aux aspects pertinents pour le secteur des matières premières, de cette proposition de directive

pénal de l'environnement (art. 60 ss LPE) peut être reproché en répod. En revanche, ces infractions ne pourront être imputées à l'entreprise que dans les conditions très restrictives de l'art. 102 al. 1 CP (en particulier défaut d'identification de l'auteur physique), respectivement de l'art. 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif pour les art. 60 ss LPE (en particulier, amende encourue de CHF 5'000.- maximum et défaut d'identification de l'auteur physique).

³⁸³ CF, Rapport Mise en œuvre 2021, p. 3 et 6.

³⁸⁴ Cf. *supra* III.C.2.b.ii.

³⁸⁵ OFJ, Propositions UE, p. 4.

européenne sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (cf. *infra* 2.). Nous poursuivons avec un retour sur l'initiative sur les multinationales responsables dans une optique de comparaison avec le projet européen (cf. *infra* 3.). Nous présentons ensuite brièvement le règlement de l'UE relatif aux chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation » et les motions, questions et interpellations parlementaires suisses y relatives (cf. *infra* 4.). Nous terminons avec un résumé de l'appréciation par l'OFJ de la directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022 et de la proposition de directive sur le devoir de vigilance de la Commission européenne (cf. *infra* 5.). Le chapitre se termine par une proposition concrète de mesures à mettre en œuvre pour lutter contre les risques typiques inhérents au secteur des matières premières et identifiés sous *supra* II. (cf. *infra* B.).

2. La proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive 2019/1937/UE

Le 23 février 2022, la Commission européenne a adopté une *proposition de directive* sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive 2019/1937/UE (dite CSDDD ; ci-après : « P-Dir.-CE »)³⁸⁶. Cette proposition vise notamment à favoriser un comportement durable et responsable des entreprises tout au long des chaînes de valeur mondiales³⁸⁷. Elle s'applique indistinctement à tous les secteurs d'activité³⁸⁸. Le 30 novembre 2022, le Conseil a adopté sa position de négociation (« orientation générale ») sur le texte de la Commission européenne (ci-après : « P-Dir.-C »)³⁸⁹. La Mission de la Suisse auprès de l'Union européenne estime que l'adoption du texte définitif devrait intervenir au plus tôt à l'été 2023³⁹⁰. Selon

³⁸⁶ CE, Proposition 2022, page de couverture. La directive qui serait modifiée est la suivante : Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (JO L 305, 26.11.2019, p. 17–56). La période de contribution s'est achevée le 23 mai 2022.

³⁸⁷ CE, Proposition 2022, p. 11 et 24 ; OFJ, Propositions UE, p. 7.

³⁸⁸ OFJ, Propositions UE, p. 11. Pour un examen critique de ce projet de directive, voir GEISSER, Konzernverantwortung, p. 36 ss.

³⁸⁹ Conseil, Position, p. 1 ss ; Conseil, Communiqué 1.12.2022. Voir également, Avis du Comité économique et social européen sur le thème « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 » du 22 novembre 2022 (OJ C 443 du 22.11.2022, p. 81–86).

³⁹⁰ OFJ, Propositions UE, p. 7.

l'OFJ, le règlement 2017/821/UE³⁹¹ et la directive 2014/95/UE (NFRD)³⁹² resteraient en vigueur parallèlement à la nouvelle directive³⁹³.

Dans l'exposé des motifs de la proposition du 23 février 2022, la Commission européenne relève que l'une de ses précédentes analyses d'impact³⁹⁴ et une étude du Centre for European Policy Studies (ci-après : « CEPS »)³⁹⁵ ont conclu à un *changement limité* dans les politiques des entreprises à la suite de l'entrée en vigueur de la directive 2014/95/UE (NFRD)³⁹⁶. Ce point de vue correspond aussi à la perception des principales parties intéressées qui n'ont pas pu décrire un modèle clair de changement dans le comportement des entreprises, induit par les obligations d'information prévues par la directive susmentionnée³⁹⁷. Par conséquent, la Commission retient que la directive de 2014 « a eu un certain effet positif sur l'amélioration du fonctionnement responsable des entreprises, mais n'a pas amené la majorité des entreprises de tenir suffisamment compte de leurs incidences négatives dans leurs chaînes de valeur »³⁹⁸.

La directive proposée par la Commission européenne établit un *devoir de vigilance* des entreprises en matière de durabilité afin de remédier aux incidences négatives sur les droits humains et l'environnement de leurs propres activités et des opérations de la chaîne de valeur³⁹⁹ réalisées par leurs partenaires d'affaires durables (art. 1 ch. 1 let. a P-Dir.-CE). Elle oblige les entreprises à recenser et, le cas échéant, à prévenir, à faire cesser ou à atténuer les incidences négatives de leurs activités sur les droits humains et sur l'environnement (art. 6 à 8 P-Dir.-CE).

³⁹¹ Voir *supra* III.C.4.

³⁹² Voir *supra* III.C.2. Cette directive sera toutefois bientôt remplacée par la directive CSRD.

³⁹³ OFJ, Propositions UE, p. 12. Pour les conséquences de cette nouvelle directive sur les entreprises suisses, voir OFJ, Propositions UE, p. 18 s.

³⁹⁴ CE, Résumé d'analyse, p. 1

³⁹⁵ CEPS, Study, p. 11 s.

³⁹⁶ Voir *supra* III.C.2.b.i.

³⁹⁷ CE, Proposition 2022, p. 4.

³⁹⁸ CE, Proposition 2022, p. 4 s. n° 13.

³⁹⁹ L'art. 1 ch. 1 let. a P-Dir.-C remplace ce terme par « dans les chaînes d'activités des entreprises » (à ce propos, cf. également *infra* p. 88).

À teneur de l'art. 2 P-Dir.-CE, les règles proposées *s'appliquent* aux entreprises et secteurs suivants : (i) toutes les entreprises de l'UE de grande taille et ayant un pouvoir économique important (employant plus de 500 personnes et réalisant un chiffre d'affaires net supérieur à EUR 150 millions à l'échelle mondiale ; ch. 4 let. c) et (ii) d'autres entreprises exerçant des activités dans des secteurs à fort impact définis (autrement dit un secteur à haut risque), qui n'atteignent pas les deux seuils du premier groupe, mais emploient plus de 250 personnes et réalisent un chiffre d'affaires net d'EUR 40 millions et plus à l'échelle mondiale (ch. 4 let. d). Parmi les secteurs d'activité désignés pour le deuxième groupe figurent : le commerce de gros de matières premières (ch. 4 let. d. ii.), l'exploitation des ressources minérales quel que soit leur lieu d'extraction (y compris le pétrole brut, le gaz naturel, le charbon, le lignite, les métaux et minerais métalliques, ainsi que tous les autres minerais non métalliques et produits de carrière), la fabrication de produits métalliques de base, d'autres produits minéraux non métalliques et de produits métalliques (à l'exception des machines et équipements), et le commerce de gros de ressources minérales, de produits minéraux de base et intermédiaires (y compris les métaux et minerais métalliques, les matériaux de construction, les combustibles, les produits chimiques et autres produits intermédiaires ; iii.)⁴⁰⁰. Les entreprises de pays tiers actives dans l'UE dont le seuil de chiffre d'affaires est aligné sur celui des entreprises constituées en conformité avec la législation d'un État membre de l'UE et dont le chiffre d'affaires est réalisé dans l'UE sont également concernées (ch. 5)⁴⁰¹. En revanche, les petites et moyennes entreprises (PME) ne relèvent pas (directement) du champ d'application de cette directive⁴⁰².

La directive proposée s'applique *aux opérations propres aux entreprises, à leurs filiales et à leurs chaînes de valeur*, à savoir les relations commerciales bien établies, directe ou

⁴⁰⁰ OFJ, Propositions UE, p. 9.

⁴⁰¹ OFJ, Propositions UE, p. 9 et 11, dans lequel il est rappelé que ces entreprises de pays tiers actives au sein de l'UE devront désigner un mandataire auquel les autorités de contrôle pourront s'adresser (art. 16).

⁴⁰² CE, Proposition 2022, p. 17. Les conséquences de la proposition pour les PME constituent toutefois un sujet de controverses parmi les États membres. Les PME pourraient être touchées par la directive du fait qu'elles exécutent des mandats pour les entreprises assujetties. En contrepartie, l'UE prévoit des mesures de soutien aux PME, p. ex. des clauses contractuelles types (cf. OFJ, Propositions UE, p. 7 et 9).

indirecte, en amont et en aval de la chaîne de valeur⁴⁰³ (art. 1 ch. 1 let. a) en lien avec art. 3 g) et h) P-Dir.-CE)⁴⁰⁴.

Afin de respecter le *devoir de vigilance* (art. 4 P-Dir.-CE), les entreprises assujetties doivent : (i) intégrer le devoir de vigilance dans leurs politiques et établir un code de conduite (art. 5 P-Dir.-CE), (ii) recenser les incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits humains et l'environnement découlant de leurs activités (art. 6 P-Dir.-CE), (iii) prévenir, supprimer ou réduire au minimum les incidences négatives réelles et potentielles sur les droits humains et l'environnement qui ont été ou auraient dû être recensées (art. 7 et 8 P-Dir.-CE), (iv) établir et maintenir une procédure de réclamation, ouverte aux plaintes des personnes touchées, des syndicats et des ONG actives dans le domaine lié à la chaîne de valeur concernée (art. 9 P-Dir.-CE), (v) contrôler l'efficacité de la politique et des mesures de vigilance par des évaluations annuelles des activités et mesures de l'entreprise (art. 10 P-Dir.-CE), et (vi) communiquer publiquement sur le devoir de vigilance (art. 11 P-Dir.-CE)⁴⁰⁵.

La notion d'« *incidence négative sur l'environnement* » se définit comme suit : une incidence négative sur l'environnement résultant de la violation de l'une des interdictions et obligations découlant des conventions internationales en matière d'environnement énumérées dans l'annexe, partie II. (art. 3 c) P-Dir.-CE). Sont notamment visées :

- Violation de l'obligation d'adopter les mesures nécessaires concernant l'utilisation des ressources biologiques pour éviter ou atténuer les effets défavorables sur la diversité biologique ;
- Violation de l'interdiction de manipuler, de recueillir, d'emmagasiner et d'éliminer des déchets d'une manière non écologiquement rationnelle⁴⁰⁶.

⁴⁰³ La « chaîne de valeur » est définie comme suit : « les activités liées à la production de biens ou à la prestation de services par une entreprise, y compris le développement du produit ou du service et l'utilisation et l'élimination du produit, ainsi que les activités connexes des relations commerciales de l'entreprise établies en amont et en aval » (art. 3 let. h).

⁴⁰⁴ La palette des entreprises concernées, p. ex. les filiales, est controversée parmi les États membres (cf. OFJ, Propositions UE, p. 7). Voir également les art. 5 ch. 10 let. b, art. 6 ch. 12 let. c, art. 9 ch. 29 et art. 10.

⁴⁰⁵ A ce propos, voir également OFJ, Propositions UE, p. 10.

⁴⁰⁶ Pour une critique, voir BOUNFOUR.

La notion d'« *incidence négative sur les droits de l'homme* » se définit comme suit : une incidence négative sur les personnes protégées résultant de la violation de l'un des droits ou interdictions énumérés à l'annexe, partie I, section 1, tels que consacrés par les conventions internationales énumérées à l'annexe, partie I, section 2 (art. 3 d) P-Dir.-CE). Sont notamment visées :

- Violation du droit des peuples à disposer des ressources naturelles de leur territoire et à ne pas être privés de leurs moyens de subsistance ;
- Violations de l'interdiction du travail forcé, de la traite des êtres humains et de l'interdiction de l'inégalité de traitement en matière d'emploi ;
- Violation de l'interdiction d'employer un enfant avant l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire et, en tout état de cause, avant l'âge de 15 ans, sous réserve d'une législation différente au lieu de travail ;
- Violation de l'interdiction de provoquer une dégradation mesurable de l'environnement, telle qu'une modification nocive des sols, une pollution de l'eau ou de l'air, des émissions nocives, une consommation excessive d'eau ou d'autres incidences sur les ressources naturelles ayant notamment pour effet de porter atteinte à la santé, à la sécurité, à l'utilisation normale de biens ou de terres ou à l'exercice normal de l'activité économique d'une personne ou ayant pour effet de nuire à l'intégrité écologique ;
- Violation de l'interdiction de prendre illégalement possession de terres, de forêts et d'eaux, ou d'en chasser une personne, lors de l'acquisition, du développement ou de l'utilisation, y compris par la déforestation, de terres, de forêts et d'eaux, dont l'utilisation doit garantir les moyens de subsistance d'une personne ;
- Violation du droit des peuples autochtones aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis.

A noter, en revanche, que le devoir de vigilance ne porte pas sur des mesures visant à lutter contre la corruption.

Les entreprises concernées doivent prendre des *mesures appropriées* (« obligation de moyens »), en fonction de la gravité et de la probabilité des différentes incidences (approche fondée sur les risques), des mesures dont elles disposent dans les circonstances particulières et de la nécessité de fixer des priorités (art. 3 (r) P-Dir.-CE)⁴⁰⁷. Pour faire en sorte que le devoir de vigilance fasse partie du fonctionnement global des entreprises, les administrateurs sont tenus de mettre en place et de superviser la mise en œuvre du devoir de vigilance ainsi que de l'intégrer dans la stratégie d'entreprise (art. 26 P-Dir.-CE).

Le respect de ces diverses obligations fait l'objet d'un *mécanisme de contrôle* : les États membres doivent désigner des autorités administratives nationales chargées de surveiller le respect de ces nouvelles règles et dotées d'un pouvoir sanctionnateur en cas de violations des dispositions nationales adoptées en vertu de la directive (art. 17 s. P-Dir.-CE). Le mécanisme sanctionnateur, qui devrait comprendre en tous les cas des sanctions pécuniaires (ch. 54 des considérants de la P-Dir.-CE), doit être efficace, proportionné et dissuasif (not. amendes fondées sur le chiffre d'affaires de l'entreprise au niveau mondial ; art. 18 et 20 P-Dir.-CE)⁴⁰⁸.

La *coopération* entre les autorités de contrôle européennes est facilitée par la mise sur pied d'un réseau (art. 21 P-Dir.-CE). Toute personne physique ou morale a d'ailleurs le *droit d'informer* une autorité du fait que, selon elle, une entreprise ne se conforme pas à la directive (art. 19 P-Dir.-CE).

La proposition de directive prévoit aussi un *mécanisme de responsabilité civile* des entreprises pour les dommages occasionnés qui auraient pu être évités grâce à des mesures de vigilance appropriées (art. 22 en lien avec les art. 7 et 8 P-Dir.-CE)⁴⁰⁹.

Enfin, elle prévoit une responsabilité personnelle des membres dirigeants de l'entreprise et des sanctions à leur égard, pour autant que la législation de l'État

⁴⁰⁷ CE, Proposition 2022, p. 17.

⁴⁰⁸ Pour plus de détails, voir OFJ, Propositions UE, p. 11.

⁴⁰⁹ Pour plus de détails, voir OFJ, Propositions UE, p. 11 ss.

membre en question prévoit déjà une responsabilité personnelle en cas de violation d'autres obligations (art. 25 P-Dir.-CE)⁴¹⁰.

Dans sa prise de position de négociation du 30 novembre 2022⁴¹¹, le Conseil a procédé à *plusieurs modifications importantes* par rapport à la proposition de la Commission européenne, pertinentes pour le secteur des matières premières :

- Les seuils et les secteurs d'activité à risque accru dans le champ d'application des entreprises assujetties (art. 2 ch. 1 et 2 P-Dir.-C) ont été maintenus⁴¹². Le Conseil a toutefois exclu du champ d'application certains produits financiers (art. 2 ch. 7 P-Dir. C) et prévu que l'application de la directive aux entreprises financières soit laissée au libre choix de chaque État membre (art. 2 ch. 8 en lien avec art. 3 a) iv. P-Dir.-C). Par ailleurs, il a introduit une période progressive d'application variant, selon les entreprises assujetties, entre trois et cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente directive (« phase-in approach » ; art. 30 P-Dir.-C).
- Le concept de « chaîne de valeur » (art. 3 h) P-Dir.-CE) a été remplacé par celui de « chaîne d'activités » (art. 3 g) P-Dir.-C). La chaîne d'activités a un sens plus étroit que la chaîne de valeur, puisqu'elle exclut, en aval, la phase d'utilisation des produits de l'entreprise notamment⁴¹³.
- Le concept de « relation commerciale bien établie » a été abandonné⁴¹⁴. Le Conseil utilise la notion de « partenaire commercial » (cf. art. 3 let. e) P-Dir.-C), à savoir une entité juridique (i) avec laquelle l'entreprise a conclu un accord commercial en rapport avec les activités, produits ou services de l'entreprise ou à laquelle elle fournit des services (« partenaire commercial direct »), ou (ii)

⁴¹⁰ OFJ, Propositions UE, p. 12.

⁴¹¹ Conseil, Communiqué 1.12.2022.

⁴¹² Conseil, Position, p. 4 s. Le terme « commerce de gros de produits agricoles bruts » (art. 2 ch. 4 let. d. ii. P-Dir.-CE) est remplacé par celui de « commerce de gros de matières premières » (cf. art. 2 ch. 4 let. b P-Dir.-C).

⁴¹³ Conseil, Position, p. 6 s. En amont, sont notamment visés « l'extraction, la fabrication, le transport, l'entreposage et la fourniture de matières premières » (art. 3 e) i) P-Dir.-C). En aval, sont notamment visés « la distribution, le transport, le stockage et l'élimination du produit [...] lorsque les partenaires commerciaux exercent ces activités pour l'entreprise ou au nom de l'entreprise » (art. 3 e) ii) P-Dir.-C).

⁴¹⁴ Conseil, Position, p. 6.

qui n'est pas un partenaire commercial direct, mais qui exerce des activités commerciales liées aux activités, produits ou services de l'entreprise (« partenaire commercial indirect »).

- L'approche fondée sur les risques a été revue, principalement par une modification de l'art. 6 P-Dir.-C (cartographie et évaluation approfondie des incidences négatives) et l'introduction d'un nouvel art. 6bis P-Dir.-C sur la hiérarchisation des incidences négatives. À teneur de ces normes, lorsque l'entreprise n'a pas la possibilité de traiter toutes les incidences négatives en même temps, elle les hiérarchise en fonction de leur gravité et de leur probabilité, et traite en premier lieu les plus importantes avant de passer aux moins importantes. La gravité d'une incidence négative est évaluée en fonction de sa sévérité, du nombre de personnes lésées ou de l'étendue de l'environnement touché, et de la difficulté de rétablir la situation qui existait avant l'incidence⁴¹⁵.
- La responsabilité civile a été modifiée de manière considérable (art. 22 P-Dir.-C)⁴¹⁶. En particulier, il est expressément indiqué qu'une entreprise ne saurait être tenue pour responsable si le dommage a exclusivement été causé par ses partenaires commerciaux dans sa chaîne d'activités⁴¹⁷.
- L'annexe définissant les « incidence négative sur l'environnement » et les « incidence négative sur les droits de l'homme » a été modifiée⁴¹⁸.
- La responsabilité personnelle des membres dirigeants de l'entreprise a été supprimée (cf. art. 25 P-Dir.-CE).

⁴¹⁵ Conseil, Position, p. 6. Voir également la nouvelle notion de « mesures appropriées » (art. 3 let. g P-Dir.-C) : une mesure capable d'atteindre les objectifs liés au devoir de vigilance, proportionnelle au degré de gravité et à la probabilité de l'incidence négative, et raisonnablement à la disposition de l'entreprise, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, y compris la nature et l'étendue des activités commerciales de l'entreprise et les caractéristiques du secteur économique et du partenaire commercial spécifique.

⁴¹⁶ Conseil, Position, p. 9 s.

⁴¹⁷ L'art. 22 P-Dir.-C doit être lu en lien avec le para. 33 du préambule pour déterminer dans quels cas le dommage a uniquement été causé par le partenaire commercial.

⁴¹⁸ Voir Conseil, Position, p. 117 ss.

3. La tentative manquée de l'initiative sur les multinationales responsables

L'initiative sur les multinationales responsables, déposée en 2016, visait à introduire un art. 101a (Responsabilité des entreprises) dans la Constitution fédérale, dont la teneur était la suivante :

¹ La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

² La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants :

a. les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales ; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent ; les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre ; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique ;

b. les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises ; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires ; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement ; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure ;

c. les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité ; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire ;

d. les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

L'initiative posait le principe du respect, par les entreprises implantées en Suisse (art. 101a al. 2 *in limine* P-Cst.) et les entités que celles-ci contrôlent, des droits humains internationalement reconnus et des normes environnementales internationales également à l'étranger (al. 2 let. a). Elle énonçait ensuite des lignes directrices quant au contenu des devoirs de diligence raisonnable en matière de droits humains internationalement reconnus et d'environnement (let. b). Corollairement, ces entreprises étaient *civilement* responsables des violations commises par les entités qu'elles contrôlent, à moins qu'elles ne prouvent avoir fait preuve de toute la diligence requise pour empêcher le dommage causé ou que celui-ci serait intervenu nonobstant la prise des mesures utiles (let. c.)⁴¹⁹. Le 29 novembre 2020, l'initiative a été acceptée par le peuple (50,7%), mais rejetée par la majorité des cantons (14 cantons et demi contre 9 cantons et demi).

L'art. 101a P-Cst. présentait plusieurs similitudes avec le projet de directive européenne :

- la consécration expresse, dans un texte juridiquement contraignant, de l'obligation pour les entreprises assujetties de respecter les droits humains et l'environnement y compris en lien avec leurs activités commerciales à l'étranger (cf. art. 1 ch. 1 let. a P-Dir.-CE et P-Dir.-C ; art. 101a al. 2 phr. 1 P-Cst.) ;
- le devoir de vigilance à charge des entreprises assujetties fondé sur les quatre obligations centrales suivantes : (i) l'intégration du devoir de vigilance dans les politiques des entreprises assujetties (art. 5 P-Dir.-CE et P-Dir.-C ; art. 101a al. 2 P-Cst. [implicitement, puisque cela constitue un préalable aux autres obligations prévues]), (ii) le recensement des incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits humains et l'environnement découlant de leurs

⁴¹⁹ VILLARD, Thèse, N 1121.

activités (art. 6 P-Dir.-CE et P-Dir.-C ; art. 101*a* al. 2 let. b P-Cst.), (iii) la prévention ou la suppression des incidences négatives réelles ou potentielles sur les droits humains et l'environnement qui ont été ou auraient dû être recensées (art. 7 et 8 P-Dir.-CE et P-Dir.-C⁴²⁰ ; art. 101*a* al. 2 let. b P-Cst.), et (iv) la communication publique sur le devoir de vigilance (art. 11 P-Dir-CE et P-Dir.-C ; art. 101*a* al. 2 let. b P-Cst.) ;

- une portée du devoir de vigilance *a priori* semblable dans la proposition de directive de l'UE et dans l'initiative (art. 1 ch. 1 let. a P-Dir.-CE et P-Dir.-C⁴²¹ ; art. 101*a* al. 2 let. a phr. 2 P-Cst.) ;
- les mesures à prendre en fonction, dans les deux cas, de la gravité de la probabilité des différentes incidences (approche basée sur les risques ; art. 3 (r) P-Dir.-CE et P-Dir.-C⁴²² ; art. 101*a* al. 2 let. b phr. 2 P-Cst.) ;
- un mécanisme de responsabilité civile (art. 22 en lien avec art. 7 et 8 P-Dir.-CE et P-Dir.-C ; art. 101*a* al. 2 let. c et d P-Cst.).

En revanche, l'initiative « multinationales » allait moins loin que la directive sur deux points essentiels : (1) aucun *mécanisme de contrôle* du respect des obligations de diligence – avec sanctions à la clé – n'était prévu (art. 18 et 20 P-Dir.-CE et P-Dir.-C) et (2) les obligations de diligence se concentraient sur les droits humains et n'incluaient pas l'environnement.

4. Le règlement de l'UE relatif aux chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation » et le lien avec le droit suisse

Le 6 décembre 2022, le Parlement européen et le Conseil ont conclu un accord provisoire sur un *règlement de l'UE* relatif aux chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation »⁴²³. Cette nouvelle législation a pour objectif que certains biens essentiels placés sur le marché de l'UE ne contribuent plus à la déforestation et à la

⁴²⁰ Avec également mention de « réduire [les incidences] au minimum ».

⁴²¹ La P-Dir.-C a toutefois réduit le devoir de vigilance concernant les activités en aval.

⁴²² Le mécanisme prévu à l'art. 6 et 6bis P-Dir.-C réduit toutefois les obligations des entreprises assujetties.

⁴²³ CE, Communiqué 6.12.2022. En l'état, le projet de règlement de la Commission européenne n'est disponible qu'en anglais (cf. CE, Proposal 2021).

dégradation des forêts dans l'UE ni ailleurs dans le monde ; elle vise ainsi à *réduire les émissions de gaz à effet de serre et la perte de biodiversité*⁴²⁴.

Le règlement établira des règles strictes en matière de devoir de diligence pour les entreprises qui mettent sur le marché de l'UE ou exportent les produits suivants : *huile de palme, bovins, soja, café, cacao, bois et caoutchouc ainsi que les produits dérivés* (viande de bœuf, mobilier ou chocolat)⁴²⁵. Les opérateurs et les négociants seront tenus de prouver que ces produits sont à la fois « *zéro déforestation* » (produits sur des terres qui n'ont pas fait l'objet de déforestation après le 31 décembre 2020) et *légaux* (conformes à toutes les lois applicables en vigueur dans le pays de production).

Le Parlement européen et le Conseil doivent encore *adopter formellement* le nouveau règlement avant qu'il puisse entrer en vigueur. Une fois cette étape passée, les entreprises concernées disposeront de 18 mois pour mettre en œuvre les nouvelles règles. Les microentreprises et les petites entreprises bénéficieront d'une période d'adaptation plus longue, ainsi que d'autres dispositions spécifiques⁴²⁶.

En *Suisse*, l'art. 35e al. 1 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE)⁴²⁷ prévoit l'interdiction de mettre sur le marché pour la première fois *du bois et des produits dérivés du bois* dont la production ou le commerce ne respectent pas les prescriptions applicables en la matière dans le pays d'origine.

Par ailleurs, à teneur de l'art. 35e al. 2 LPE, le Conseil fédéral fixe les exigences applicables à la mise sur le marché de bois et de produits dérivés du bois, en conformité avec les prescriptions de l'Union européenne. A ce propos, dans une réponse à une interpellation parlementaire, le Conseil fédéral a noté que l'adoption du règlement de l'UE relatif aux chaînes d'approvisionnement « zéro déforestation » engendrait des modifications matérielles des obligations des opérateurs qui mettent

⁴²⁴ CE, Communiqué 6.12.2022.

⁴²⁵ Pour plus de détails, CE, Communiqué 6.12.2022 ; CE, Q&R Zéro Déforestation.

⁴²⁶ CE, Communiqué 6.12.2022. Pour une critique de ce règlement, voir Client Earth, Rapport.

⁴²⁷ RS 814.01.

du bois et des produits dérivés sur le marché⁴²⁸. Il a ensuite relevé la nécessité de vérifier les éventuelles répercussions de ces modifications sur l'ordonnance concernant la mise sur le marché de bois et de produits dérivés du bois du 12 mai 2021 (OCBo)⁴²⁹ et, le cas échéant, de procéder aux adaptations nécessaires⁴³⁰.

Enfin, en vertu de l'art. 35^e al. 3 LPE, le Conseil fédéral peut, en conformité avec les standards internationaux, définir des exigences applicables à la mise sur le marché d'autres matières premières et produits ou interdire leur mise sur le marché si leur culture, leur extraction ou leur production porte sérieusement atteinte à l'environnement ou compromet sérieusement l'utilisation durable des ressources naturelles. Sur ce point, dans sa réponse à la même interpellation parlementaire et à une question parlementaire, le Conseil fédéral a souligné que, si le règlement concernant les produits « zéro déforestation » devait être adopté, il conviendrait d'examiner si cette base légale permet l'introduction de règles similaires en Suisse⁴³¹ et, de manière plus générale, s'il est nécessaire d'adapter la législation suisse⁴³².

Les art. 35f à 35h LPE contiennent les règles cadres relatives au *devoir de diligence*, à la *traçabilité* et au *traitement des données* en matière de bois et produits dérivés du bois. Ces normes ont été concrétisées par le Conseil fédéral dans l'OCBo (art. 4 à 14 OCBo). L'Office fédéral de l'environnement est chargé du contrôle de la bonne application de ces dispositions (art. 15 al. 2 OCBo)⁴³³.

Une motion parlementaire a été déposée le 6 décembre 2022, requérant que le Conseil fédéral soit chargé de déposer un projet d'acte à l'Assemblée fédérale visant à interdire l'importation des produits issus de la déforestation, à l'image de la nouvelle

⁴²⁸ Interpellation 21.4481 « Responsabiliser les entreprises, c'est aussi freiner la déforestation » du 16 décembre 2021.

⁴²⁹ RS 814.021.

⁴³⁰ Interpellation 21.4481 « Responsabiliser les entreprises, c'est aussi freiner la déforestation » du 16 décembre 2021.

⁴³¹ Interpellation 21.4481 « Responsabiliser les entreprises, c'est aussi freiner la déforestation » du 16 décembre 2021.

⁴³² Question 22.1054 « La Suisse reprendra-t-elle le règlement européen sur les produits "zéro déforestation"? » du 28 septembre 2022.

⁴³³ Lorsque le bois est récolté en Suisse, les contrôles des opérateurs incombent aux cantons (art. 15 al. 3 OCBo).

réglementation européenne⁴³⁴. Au moment de la finalisation de cet avis de droit, le gouvernement n'y avait pas encore donné suite.

5. L'appréciation helvétique de la directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022 et de la proposition de directive sur le devoir de vigilance de la Commission européenne

Dans un *rapport* à l'attention du Conseil fédéral précédemment évoqué⁴³⁵, l'OFJ pointe notamment les principales différences entre la proposition de directive européenne sur le devoir de vigilance et le seul devoir de diligence prévu par le droit suisse (art. 964j à 964l CO)⁴³⁶, à savoir :

- Champ d'application géographique : la réglementation européenne s'appliquerait à certaines entreprises de pays tiers actives dans l'UE ;
- Étendue matérielle du devoir de vigilance : la réglementation européenne s'étendrait au respect des droits humains et à l'environnement (plus largement que les minerais et les métaux provenant de zones de conflit et le travail des enfants) ;
- Champ d'application au sein de l'entreprise : la réglementation européenne s'appliquerait aux activités propres, activités des filiales, relations commerciales bien établies directes ou indirectes en amont et en aval de la chaîne de valeur (se référant à la proposition de la Commission européenne) ;
- Mécanismes d'application : la réglementation européenne prévoirait une nouvelle responsabilité civile des entreprises ;
- Surveillance : la réglementation européenne instaurerait une nouvelle autorité de contrôle et un réseau d'autorités de contrôle ; elle prévoirait pour les entreprises non européennes une obligation de désigner un mandataire au sein de l'UE⁴³⁷.

⁴³⁴ Motion 22.4318 « Interdire les produits issus de la déforestation » du 6 décembre 2022.

⁴³⁵ Voir *supra* III.C.2.c.

⁴³⁶ Voir *supra* III.C.4.a.

⁴³⁷ OFJ, Propositions UE, p. 21 et p. 34 ss (tableau récapitulatif).

La comparaison de l'OFJ entre la nouvelle directive 2022/2464/UE du 14 décembre 2022 et le droit suisse figure sous *supra* III.C.2.c⁴³⁸.

Dans son analyse de la nécessité de modifier le droit suisse, l'OFJ rappelle tout d'abord, d'une part, la volonté du Conseil fédéral que les règles suisses dans le domaine du respect des droits humains et de l'environnement par les entreprises soient coordonnées à l'international et, d'autre part, que la Suisse n'a aucune obligation de reprendre la proposition de l'UE⁴³⁹.

L'office fédéral explique que la réglementation européenne (proposée) aura des *conséquences directes* pour la Suisse, et ce que le droit suisse soit adapté ou non. En effet, les entreprises suisses qui réalisent un certain chiffre d'affaires net au sein de l'UE seront directement assujetties⁴⁴⁰. De l'avis de l'OFJ, l'examen nécessite donc de répondre à deux questions distinctes : (i) les conséquences de la réglementation européenne pour la Suisse indépendamment d'un alignement de la réglementation suisse et (ii) l'impact d'un éventuel alignement⁴⁴¹.

En cas d'élaboration d'une réglementation du même type en Suisse, l'OFJ soutient qu'il faudrait notamment déterminer si celle-ci doit reprendre l'essentiel, voire la totalité de la réglementation européenne ou si des adaptations ponctuelles suffisent⁴⁴². Par ailleurs, en cas d'équivalence des régimes suisse et européen, un mécanisme devrait permettre aux entreprises doublement visées de demander à être exclues du champ d'application de la réglementation suisse ou européenne⁴⁴³.

Concernant la reprise de la *directive sur le devoir de vigilance* en droit suisse, l'office émet les réserves suivantes : « [u]ne reprise intégrale du contenu de [cette directive] (y

⁴³⁸ A noter que, dans son rapport, l'OFJ se réfère à la proposition de la Commission européenne du 21 avril 2021 de modification de l'art. 51 relatif aux sanctions, laquelle n'a finalement pas été retenue dans la version finale adoptée par le Parlement et le Conseil en novembre 2022 (cf. OFJ, Propositions UE, p. 17 et 21 [version de la Commission européenne] et p. 34 ss [tableau récapitulatif ; mention correcte du *statut quo* par rapport à la directive NFRD]).

⁴³⁹ OFJ, Propositions UE, p. 21.

⁴⁴⁰ OFJ, Propositions UE, p. 21 s. A propos de l'application de la directive aux entreprises suisses, GEISSER, Konzernverantwortung, p. 40.

⁴⁴¹ OFJ, Propositions UE, p. 22 s.

⁴⁴² OFJ, Propositions UE, p. 22.

⁴⁴³ OFJ, Propositions UE, p. 22.

compris le régime de surveillance), notamment, irait très loin »⁴⁴⁴ et, plus loin, « [u]ne telle adaptation aurait par ailleurs de lourdes répercussions (nouvelle responsabilité des entreprises, surveillance par les autorités, etc.) »⁴⁴⁵. À l'inverse, s'agissant de la *directive sur la publication*, il retient que l'adaptation des règles suisses aurait « des conséquences moins étendues ; le contenu de la directive pourrait s'intégrer dans la systématique du CO »⁴⁴⁶.

À titre conclusif, l'OFJ retient que « [u]ne analyse détaillée des implications de la réglementation européenne sur la Suisse et ses entreprises serait en tous les cas utile. Il faudrait attendre ses résultats avant de procéder à quelque adaptation que ce soit en rapport avec la directive sur le devoir de vigilance. Il serait également envisageable de ne rien entreprendre du tout en l'état et d'observer avec attention la manière dont les entreprises suisses mettent en œuvre les nouvelles dispositions du CO visant à mieux protéger l'être humain et l'environnement (les premiers rapports seront publiés au premier semestre 2024). Il faudrait également suivre les évolutions internationales, en particulier celles qui se font jour au sein de l'UE et, le cas échéant, adapter l'analyse. » En substance, l'office fédéral suggère donc plusieurs pistes au Conseil fédéral qui convergent toutes dans la même direction : la Suisse devrait temporiser (activement ou passivement) dans l'attente de voir les effets de la réglementation européenne⁴⁴⁷.

Suite à la nouvelle directive sur la publication, le Conseil fédéral a reconnu percevoir « une nécessité d'adapter la réglementation suisse » et indiquer l'élaboration d'un avant-projet avec analyse de son impact sur l'économie d'ici juillet 2024. Quant à la proposition de directive sur les devoirs de vigilance, le gouvernement entend faire analyser ses répercussions d'ici la fin 2023⁴⁴⁸.

⁴⁴⁴ OFJ, Propositions UE, p. 22.

⁴⁴⁵ OFJ, Propositions UE, p. 22.

⁴⁴⁶ OFJ, Propositions UE, p. 22.

⁴⁴⁷ OFJ, Propositions UE, p. 22.

⁴⁴⁸ CF, Communiqué 2.12.2022.

B. Une proposition de lege ferenda pour le secteur des matières premières

1. Les risques de violation des droits humains, d'atteinte à l'environnement de corruption

Comme déjà indiqué, les risques, pourtant identifiés et largement documentés en matière de violations des droits humains et d'atteintes à l'environnement sont, aujourd'hui, appréhendés par le cadre juridique suisse de manière lacunaire et disparate. Une « vraie » réglementation apparaît aujourd'hui nécessaire. L'heure ne nous semble plus à la temporisation. En particulier, attendre les *effets* des nouvelles réglementations européennes actuelles et futures signifie, en résumé – en tenant compte des entrées en vigueur progressives de ces normes⁴⁴⁹ et du fait que les effets de celles-ci ne peuvent être mesurés que plusieurs années après – attendre encore quinze ou vingt ans avant de mettre l'ouvrage sur le métier. Un tel « report du problème » n'a pas de raison d'être.

En revanche, dans la mesure où une législation européenne, respectivement une proposition de législation, existe, la Suisse peut évidemment d'ores et déjà s'en inspirer.

Ainsi, l'adoption d'une réglementation telle que celle envisagée par l'UE⁴⁵⁰, et correspondant en partie à l'art. 101a P-Cst.⁴⁵¹, nous paraît une bonne base de travail pour appréhender, de manière globale, les risques typiques au secteur des matières premières en matière de violations des droits humains et d'atteintes à l'environnement.

En Suisse, seuls les risques afférents aux minerais provenant de zones à risque et le travail des enfants font l'objet d'un devoir de diligence (art. 964j à 964l CO)⁴⁵². La réglementation européenne irait évidemment plus loin, dès lors que le devoir de

⁴⁴⁹ Cf. *supra* III.C.2.b.ii.

⁴⁵⁰ Voir *supra* IV.A.2.

⁴⁵¹ Voir *supra* IV.A.3.

⁴⁵² OFJ, Propositions UE, p. 9 s. Voir *supra* III.C.4.a. Quelques autres obligations de diligence apparaissent çà et là, dans des domaines sectoriels, en matière de protection de l'environnement (cf. art. 35e ss LPE).

vigilance s'étendrait à tous les droits humains (y compris le travail des enfants) et aux questions environnementales⁴⁵³. Également fondées sur les Principes directeurs de l'OCDE relatifs au devoir de diligence, les obligations de la proposition de directive de l'UE sont conçues de manière semblable aux devoirs de diligence des art. 964j à 964l CO. La « méthode » appliquée par l'UE a donc déjà trouvé une consécration – certes sectorielle et partielle – dans le code des obligations.

A notre sens, le droit suisse devrait être modifié afin de soumettre en particulier les entreprises actives dans le secteur des matières premières⁴⁵⁴, y compris celles productrices (soit également extractrices), à un *devoir de vigilance* prenant la forme d'une obligation (i) de recenser les incidences négatives réelles ou potentielles de leurs activités sur les droits humains (en particulier, l'exploitation des travailleurs, les conditions de travail dangereuses pour la sécurité et la santé, le travail des enfants, l'expropriation des terres, les déplacements forcés, la violation des droits des peuples autochtones) et sur l'environnement (en particulier, les gaz à effet de serre, la déforestation, l'utilisation de pesticides interdits, le changement d'affectation des sols, l'utilisation excessive d'eau, les déchets toxiques, la pollution des eaux, des sols ou de l'eau et la perte de biodiversité)⁴⁵⁵ et (ii), le cas échéant, de les prévenir, de les faire cesser ou de les atténuer. Ces obligations correspondent d'ailleurs à celles prévues par certaines des initiatives non contraignantes que la Suisse promeut actuellement⁴⁵⁶. Les mesures utiles devraient être adoptées par la direction à son plus haut niveau et leur mise en œuvre assurée par une instance de contrôle indépendante

⁴⁵³ OFJ, Propositions UE, p. 10 et 21.

⁴⁵⁴ Les termes principaux devraient être définis largement, à savoir : « matières premières » : les matières premières énergétiques (p. ex. le pétrole ou le gaz naturel), les matières premières minérales (p. ex. le cuivre, le fer, l'aluminium, l'étain, le tantale, le tungstène ou l'or) et les matières premières agricoles (p. ex. les céréales, le sucre, le café ou le coton) (cf. PIMP, Rapport de base 2013, nbp n° 2) ; « activités de production » : l'exploration, la prospection, la découverte, l'exploitation et l'extraction (cette définition correspond à celle de l'art. 964d al. 4 CO), de même que la culture (s'agissant des matières premières agricoles) ; « activités de négoce » : l'achat, le transport, le stockage, la transformation et la vente ; DFAE/SECO, Guide, p. 7. Voir également, IHRB, Mapping Study, p. 9 et 32.

⁴⁵⁵ Pour un exposé détaillé des risques, voir *supra* II.

⁴⁵⁶ Voir not. *supra* III.B.1. et 2.

au sein de l'entreprise⁴⁵⁷. Elles seraient adaptées en fonction de l'entreprise concernée.

Le devoir de vigilance devrait également porter sur *la lutte contre la corruption* et pourrait comprendre les mesures suivantes : (i) évaluation du risque de corruption au sein de l'entreprise en fonction des activités exercées, des pays concernés et de la taille de l'entreprise, (ii) directives internes anti-corruption, (iii) formation et contrôle du personnel, (iv) processus interne d'alerte (*whistleblowing*), et (v) service spécialisé de lutte contre la corruption chargé notamment d'évaluer le système interne mis en place et l'implantation des directives⁴⁵⁸.

Les questions couvertes par le devoir de vigilance (respect des droits humains, protection de l'environnement et lutte contre la corruption) devraient faire l'objet d'un *rapport*.

Un dispositif de contrôle portant sur le respect des devoirs de diligence et de l'obligation de rendre compte devrait être effectué par une autorité étatique de surveillance, dont le fonctionnement pourrait s'inspirer de celui de la FINMA.

Dans cette optique, un système d'enregistrement et/ou d'autorisation des entreprises actives dans le secteur des matières premières devrait être prévu, la soumission d'une entreprise à l'une ou l'autre de ces procédures dépendant de critères fondés sur le degré de risques présentés par la société.

Les entreprises seraient soumises à la surveillance de cette autorité, pour tout ce qui a trait aux domaines couverts par le devoir de vigilance et applicables à l'entreprise concernée. L'intensité de la surveillance dépendrait, une fois encore, d'une évaluation des risques. Une délégation de la surveillance courante à des entités privées, à l'image des organismes d'autorégulation reconnus dans le domaine de la lutte contre le blanchiment d'argent⁴⁵⁹, pourrait être envisagée, ce afin de permettre un contrôle

⁴⁵⁷ La réglementation pourrait s'inspirer de la directive 2017/1 de la FINMA relative à la gouvernance bancaire.

⁴⁵⁸ L'organisation, les compétences et les tâches de ce service pourraient être inspirées par celles du service spécialisé de lutte contre le blanchiment d'argent des art. 24 s. OBA-FINMA.

⁴⁵⁹ Voir art. 24 ss LBA.

davantage « sur mesure » par rapport notamment au(x) domaine(s) d'activités exercés par l'entreprise concernée (production, vente, etc.) et au(x) type(s) de matières premières visées (énergétiques, minérales ou agricoles).

Pour être efficace, cette autorité de surveillance devrait être dotée d'un pouvoir sanctionnateur. Le catalogue de sanctions envisageables pourrait s'inspirer des art. 31 ss LFINMA qui définit les sanctions que la FINMA peut prendre à l'encontre de ses assujettis (mesures visant au rétablissement de l'ordre légal, décision en constatation, publication de la décision, interdiction temporaire d'exercer, confiscation, retrait de l'autorisation). La question de l'établissement de sanctions administratives pécuniaires pourrait également être discutée, étant toutefois précisé que (1) de telles sanctions existent en droit administratif suisse mais restent peu répandues étant donné les garanties spéciales de procédure pénale qu'elles appellent⁴⁶⁰ et (2) pour que de telles sanctions aient un caractère dissuasif, leur montant doit être fonction du chiffre d'affaires de l'entreprise⁴⁶¹.

Enfin, un mécanisme de responsabilité civile devrait être prévu. L'efficacité d'un tel outil est aussi subordonnée à la possibilité que des victimes à l'étranger puissent ouvrir action en justice en Suisse contre les entreprises assujetties, ce qui était d'ailleurs le cœur de l'initiative « multinationales responsables ».

La coordination avec les régimes actuels prévus aux art. 964a à 964c CO (règles de transparence sur les questions non financières) et art. 964j à 964l CO (devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants) dépendra du champ d'application personnel du nouveau corps de règles applicables au secteur des matières premières.

⁴⁶⁰ Voir pour une analyse détaillée, CF, Sanctions administratives pécuniaires, *in toto* ; ce sont d'ailleurs les contraintes en matière de garanties de procédure qui ont conduit les experts à renoncer à proposer l'introduction de sanctions financières dans le catalogue des mesures à disposition de la FINMA (voir Commission d'experts Zimmerli, p. 20 s.). Contrairement à la position de la doctrine, la jurisprudence constante du Tribunal fédéral estime en revanche que les garanties de procédure pénale ne sont pas applicables s'agissant des sanctions à disposition de la FINMA (cf. notamment ATF 147 I 57, commenté, avec références, *in* VILLARD, naming).

⁴⁶¹ Voir p. ex. art. 49a al. 1 de la loi sur les cartels (RS 251). A l'inverse, il est clair que la sanction pénale maximale de 5 millions qui peut être infligée à une entreprise sur la base de l'art. 102 CP ne revêt, en raison de sa modicité, guère de caractère dissuasif pour les grandes entreprises.

Quant aux normes relatives au devoir de transparence relatif aux paiements au profit de gouvernements (cf. art. 964*d* à 964*b* CO), elles devraient non seulement être maintenues, mais également étendues aux entreprises de négoce (art. 964*i* CO). En toute hypothèse, il faudrait veiller à permettre aux entreprises soumises à plusieurs obligations de rendre compte de rédiger un seul rapport, signé et approuvé par les mêmes organes de la société et vérifié par un même tiers indépendant. En outre, le contrôle des devoirs de vigilance et des rapports devrait être confié à une seule et même autorité pour éviter tout doublon inutile et/ou problème de coordination.

Ainsi, l'idée serait de créer un corpus de règles adressé au secteur des matières premières et visant à la prévention des risques typiques inhérents à ce type d'activités. Cette réglementation serait complétée par des normes déjà existantes ou nouvellement adoptées non spécifiquement destinées au domaine des matières premières mais pertinentes pour celui-ci⁴⁶². Comme indiqué au paragraphe précédent, une seule autorité devrait être chargée du contrôle de toutes les obligations légales (qu'elles soient spécifiques au secteur ou non).

Dans la mesure où le présent avis de droit porte uniquement sur le secteur des matières premières, nous ne nous déterminons pas sur l'opportunité d'élargir le mécanisme préconisé à d'autres secteurs d'activité, comme le prévoient les

⁴⁶² A titre d'exemple : nous avons vu sous *supra* II.C. que le secteur des matières premières se caractérisait par un manque de transparence, notamment du fait de la mise en place de structures juridiques complexes, destinées à dissimuler l'ayant droit économique de sociétés opérationnelles ou de comptes bancaires. Sur le plan européen, la 4^{ème} directive anti-blanchiment de l'Union européenne telle que modifiée par la 5^{ème} directive prévoit un registre central des bénéficiaires effectifs des sociétés et autres entités juridiques (art. 30 § 1 et 4 de la 4^{ème} directive européenne (n. 314) telle que modifiée par la directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE). Ce registre central doit non seulement être accessible aux autorités compétentes et aux entités assujetties à la lutte anti-blanchiment pour leur permettre d'exercer leurs obligations de diligence, mais également à *tout membre du grand public* (art. 30 § 5 de la 4^{ème} directive européenne telle que modifiée par la 5^{ème} directive). A noter toutefois que, dans un arrêt récent, la Cour de l'Union européenne a jugé l'accès du grand public à ce registre central contraire au droit à la sphère privée et à la protection des données personnelles consacrés aux art. 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE et a ainsi invalidé l'art. 30 § 5 (C-37/20 et C-601/20 du 22 novembre 2022, pour un commentaire de cet arrêt voir HIRSCH). Sur le plan national, le Conseil fédéral a chargé, en octobre 2022, le Département fédéral des finances (DFF) d'élaborer d'ici au deuxième trimestre 2023 un projet de loi visant à accroître la transparence et à faciliter l'identification des ayants droit économiques des personnes morales. L'idée serait d'introduire un registre central d'identification des ayants droit économiques, accessible aux autorités compétentes, mais pas au grand public (CF, Communiqué 12.10.2022).

instruments supranationaux de « *soft law* » et la réglementation européenne. Nous relevons néanmoins que les banques jouent un rôle important dans le financement du négoce de matières premières⁴⁶³. Un moyen complémentaire pour réglementer le secteur des matières premières serait la soumission des entreprises du secteur financier, en particulier les banques, à un devoir de vigilance par rapport aux activités des entreprises de négoce de matières premières bénéficiant de leurs services, y compris leurs sous-traitants⁴⁶⁴. Sur ce point, au niveau de l'UE, la prise de position du Conseil sur la proposition de CSDDD de la Commission européenne a considérablement réduit l'application de la directive au secteur financier (art. 2 ch. 7 et 8 P-Dir.-C) et le devoir de vigilance des entreprises assujetties en lien avec l'utilisation de leurs produits (art. 3 g) P-Dir.-C)⁴⁶⁵.

2. Le recours à l'arsenal anti-blanchiment ?

Il est pertinent de se demander si, au lieu d'élaborer un nouveau cadre juridique pour le secteur des matières premières, le cadre juridique existant serait apte à appréhender les risques identifiés dans le présent avis de droit sur la base des rapports du Conseil fédéral et de l'administration fédérale⁴⁶⁶. Ou, pour dire les choses autrement, l'assujettissement (plein et entier) du secteur des matières premières aux régime anti-blanchiment permettrait-il de répondre aux besoins légaux en la matière ?

À notre sens, la réponse est négative pour la série de raisons suivantes.

Tout d'abord, le dispositif anti-blanchiment s'articule autour des obligations de diligence en lien avec les flux financiers et ne règle évidemment en rien celles liées à la prévention de la criminalité en amont. Il intervient tard, en aval, lorsque le crime ayant généré les profits illicites a déjà été commis. Ce dernier constat rappelle par ailleurs que l'intervention du régime anti-blanchiment suppose (1) un crime au sens de l'art. 10 al. 2 CP (ou un délit fiscal qualifié) et (2) des valeurs patrimoniales *générées*

⁴⁶³ PIMP, Rapport de base 2013, p. 14 (70 à 80%) ; CF, Rapport de base 2018, p. 14.

⁴⁶⁴ Sur le contrôle des banques relatif à l'utilisation des montants prêtés, voir CF, Rapport 2020, p. 12.

⁴⁶⁵ Voir *supra* IV.A.2. *in fine*.

⁴⁶⁶ Voir *supra* II.

par ce crime. Or, comme exposé plus haut⁴⁶⁷, les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement ne constituent pas forcément des infractions pénales, encore moins des crimes. Et même si crimes il y a, lorsque, comme c'est souvent le cas en matière de criminalité environnementale et envisageable dans plusieurs constellations en matière de violation des droits humains, l'avantage perçu prend la forme d'une économie, se pose toute la question de la localisation de cet avantage dans le patrimoine de l'auteur, sans laquelle on voit difficilement comment le système anti-blanchiment pourrait, concrètement, s'appliquer⁴⁶⁸.

Enfin, le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent se base sur le concept de surveillance d'autrui, en l'occurrence le cocontractant. Or, c'est en premier lieu en leur propre sein que les entreprises actives dans le secteur des matières premières doivent mettre en place des devoirs de vigilance en lien avec le respect des droits humains et de l'environnement. Le devoir de surveillance du sous-traitant, voire le devoir de vérification de « l'intégrité » du cocontractant, s'ils sont bien entendu importants, n'interviennent qu'en deuxième lieu.

Ainsi, la législation anti-blanchiment nous paraît peu adaptée pour lutter contre les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement commises dans le secteur des matières premières.

La situation se présente différemment en matière de corruption (en particulier de corruption active d'agents publics étrangers), dès lors qu'il s'agit d'un crime générant en principe des valeurs patrimoniales (en particulier les pots-de-vin) localisables dans le patrimoine de l'auteur⁴⁶⁹.

Mais le constat que c'est avant tout en son propre sein qu'il appartient à l'entreprise de prévenir la corruption (avant celle de son cocontractant) demeure.

⁴⁶⁷ Voir Introduction, *supra* II. et III.E.2.

⁴⁶⁸ Voir *supra* III.E.2.

⁴⁶⁹ Les liens entre corruption et blanchiment ont été soulignés sous *supra* III.D.

En outre, si nous avons constaté⁴⁷⁰ qu'il est envisageable de soumettre l'activité pour compte propre – par opposition à celle pour compte de tiers – à l'arsenal anti-blanchiment, il s'agit de cas de figure tout à fait isolés. La question de l'assujettissement du secteur des matières premières a plusieurs fois été (re)mise sur le tapis et il y a, à chaque fois, été renoncé, pour des motifs qui nous semblent, du moins en bonne partie – en particulier la problématique de « l'autosurveillance » précitée – raisonnables. Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater à ce stade un manque de volonté politique qui ne peut être ignoré. D'ailleurs, au vu de l'évolution du champ d'application de la législation suisse anti-blanchiment et comme c'est le cas au niveau supranational (Recommandations GAFI et directives UE), les entreprises actives dans le secteur des matières premières sont avant tout considérées comme des négociants, ce qui, à notre avis, a pour effet de « diminuer » encore toute velléité politique à les intégrer dans la notion d'intermédiaire financier.

Enfin, il nous semble préférable, plutôt que de scinder la réglementation relative aux devoirs de diligence dans le secteur des matières premières en deux régimes distincts (l'un concernant la violation des droits humains et les atteintes à l'environnement, l'autre la corruption et le blanchiment y relatif) de prévoir un seul corpus de règles spécifiquement dédié au secteur des matières premières. Comme déjà indiqué, sous *supra* 1., ceci n'empêche pas que ce corpus soit complété par d'autres normes, par exemples en matière de transparence des personnes morales⁴⁷¹. En outre, et bien entendu, la surveillance *indirecte* sous l'angle de la législation anti-blanchiment par les intermédiaires financiers demeure.

⁴⁷⁰ Voir *supra* III.E.2.

⁴⁷¹ Voir déjà n. 462462.

V. Conclusion : les réponses aux questions posées

1.1. Quelles sont les normes contraignantes applicables en Suisse qui règlent le négoce de matières premières, y compris à l'étranger, s'agissant de la prévention des violations des droits humains, des atteintes à l'environnement ou de la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent ?

En matière de prévention des droits humains, de protection de l'environnement⁴⁷² et de lutte contre la corruption, le droit suisse contient les normes contraignantes suivantes :

- art. 964a ss CO : obligation de certaines sociétés d'intérêt public (art. 2 let. c LSR)⁴⁷³ de rendre compte des incidences de leur activité sur les droits humains, l'environnement et la lutte contre la corruption (sans devoir de diligence ; cf. *supra* III.C.2.) ;
- art. 964d ss CO : obligation des entreprises actives dans la production de matières premières de rendre compte des paiements de plus de CHF 100'000.- au profit de gouvernements (sans devoir de diligence ; cf. *supra* III.C.3.) ;
- art. 964j ss CO : devoirs de diligence et obligation de rendre compte en matière (i) de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et (ii) de travail des enfants (cf. *supra* III.C.4.) ;
- sous l'angle pénal : infractions contre l'intégrité corporelle (art. 122 ss CP), usure (art. 157 CP), traite d'êtres humains (art. 182 CP), infractions contre le droit pénal de l'environnement (art. 60 ss LPE et autres lois spéciales), corruption (art. 322^{ter} ss CP), applicables à tout auteur physique, imputables à l'entreprise aux conditions de l'art. 102 al. 2 CP pour la corruption ou à celles de l'art. 102 al. 1 CP pour les autres infractions ou de l'art. 7 DPA pour

⁴⁷² Voir également, art. 35e à 35h LPE et OCBo : exigences relatives à la mise sur le marché, au devoir de diligence et à la traçabilité en matière de bois et produits dérivés du bois et autres matières premières ou produits (cf. *supra* IV.A.4.).

⁴⁷³ Voir art. 964a CO pour le champ d'application précis.

certaines infractions au droit pénal de l'environnement (notamment art. 60 ss LPE ; cf. *supra* III.D.).

En matière de lutte contre le blanchiment d'argent :

- LBA et ordonnances d'application : uniquement s'agissant des entreprises qui effectuent du négoce pour compte de tiers (art. 5 al. 1 let. c et d OBA) ou, indirectement, par la surveillance exercée par les intermédiaires financiers en lien avec le financement du négoce de matière première (cf. *supra* III.E.3.b.) ;
- sous l'angle pénal : infraction de blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP), applicable à tout auteur physique, imputable à l'entreprise aux conditions de l'art. 102 al. 2 CP (cf. *supra* III.E.2.).

1.2. Comment le respect des normes décrites au ch. 1.1 sont-elles actuellement contrôlées et mises en œuvre dans le secteur des matières premières ?

Les obligations décrites sous ch. 1.1.⁴⁷⁴ et prévues dans le Code des obligations sont contrôlées comme suit :

- art. 964a ss CO : absence de contrôle (cf. *supra* III.C.2.) ;
- art 964d ss CO : absence de contrôle (cf. *supra* III.C.3.) ;
- art 964d ss CO : contrôle par un expert indépendant mandaté par l'entreprise assujettie ; contrôle limité à la vérification de l'existence de faits dont il résulterait que l'entreprise n'a pas respecté ses devoirs de diligence ; le résultat de l'examen prend la forme d'un rapport à l'attention de l'organe suprême de direction ou d'administration de l'entreprise (uniquement pour les minerais et métaux provenant de zones de conflit ; cf. *supra* III.C.4.)⁴⁷⁵ ;
- pour les entreprises effectuant du négoce pour compte de tiers : contrôle par un organisme d'autorégulation (art. 12 let. c LBA), pour le contrôle de la

⁴⁷⁴ Voir également l'art. 15 al. 2 OCBo : l'OFEV est chargée du contrôle de la mise œuvre des exigences relatives à la mise sur le marché, au devoir de diligence et à la traçabilité en matière de bois et produits dérivés du bois et autres matières premières ou produits (cf. *supra* IV.A 4.).

⁴⁷⁵ Les premiers rapports sont attendus pour l'exercice 2022 ou 2023, de sorte que la mise en œuvre de ces obligations ne peut pas être évaluée en l'état.

surveillance indirecte par les intermédiaires financiers (en particulier les banques) : la FINMA (art. 12 let. a LBA) ;

- pour les normes pénales : les autorités de poursuite pénale (cantonales ou fédérales ; art. 22 ss CPP), voire (en matière de droit pénal de l'environnement) une autorité administrative fédérale si le droit pénal administratif s'applique (art. 1 DPA).

2.1. Quelles sont les modifications législatives nécessaires pour prévenir les violations des droits humains, les atteintes à l'environnement et la corruption ainsi que lutter contre le blanchiment d'argent dans le secteur des matières premières ?

Le droit suisse devrait être, dès à présent, complété d'un corpus de règles administratives visant les entreprises actives dans les matières premières et posant des devoirs de vigilance pour le respect des droits humains et de l'environnement et la prévention de la corruption (cf. *supra* IV.B.). Un tel projet pourrait utilement s'inspirer des développements européens en la matière (cf. *supra* IV.A.2.). La Suisse ne doit en revanche pas attendre que puisse être mesuré l'impact de la réglementation européenne pour agir (cf. *supra* IV.B.1).

Un élargissement du dispositif anti-blanchiment aux entreprises actives dans le secteur des matières premières ne nous paraît en revanche pas un instrument adapté (cf. *supra* III.E.3.c. et IV.B.2.).

3.1 et 3.2 Quelle forme pourrait prendre une surveillance et une mise en œuvre des normes décrites aux ch. 1.1. et 2.1. ?

Le respect des obligations applicables aux entreprises actives dans les matières premières pourrait être contrôlé par une autorité étatique de surveillance en charge du contrôle du respect de toutes les obligations de diligence applicables au secteur des matières premières en lien avec le respect des droits humains et de l'environnement et la prévention de la corruption, que ces devoirs visent, spécifiquement ou non, le domaine des matières premières. Dans cette optique, un

· système d'enregistrement, respectivement d'autorisation, des entreprises actives dans le secteur des matières premières devrait être prévu. La surveillance serait axée sur le respect des devoirs de vigilance en matière de droits humains, d'impact environnemental et de lutte contre la corruption (et l'obligation de rapport y afférente), conformément aux normes applicables à l'entreprise concernée.

L'autorité de surveillance devrait être dotée d'un pouvoir sanctionnateur à l'encontre de l'entreprise elle-même, voire de certains responsables au sein de l'entreprise (cf. *supra* IV.B.). Les risques (notamment violation des droits humains et atteintes à l'environnement) typiques au secteur des matières premières différant notablement de ceux des entités assujetties à la FINMA, il ne nous semblerait pas opportun d'élargir le mandat de cette autorité, qui se concentre sur le respect des lois en matière de marchés financiers, à la surveillance du secteur des matières premières. La création d'une autorité spéciale, composée d'experts dans ce dernier domaine, nous semblerait plus appropriée.

Le contrôle du respect des obligations posées par la LBA (par la FINMA) et des normes pénales (par les autorités pénales compétentes) demeurerait inchangé.

* * * *

Genève, le 6 mars 2023

Prof. Katha Villard



Fabio Burgener

Doctorant à l'Université de Genève



Bibliographie

Doctrine

ACKERMANN Jürg-Beat/ZEHNDER STÉPHANIE, *in* Ackermann J.-B. (édit.), *Kommentar Kriminelles Vermögen – Kriminelle Organisationen*, Vol. II, Zurich/Bâle/Genève 2018 ;

BOUNFOUR THÉA, Les atteintes à l'environnement dans la proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises, *in* Dalloz Actualité, 5 décembre 2022, disponible sous <https://www.dalloz-actualite.fr/node/atteintes-l-environnement-dans-proposition-de-directive-sur-devoir-de-vigilance-des-entreprises#.Y5DWZISZNKJ> (dernière consultation : 6.3.2023) ;

BUENO NICOLAS, Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise : Le point en droit suisse, SRIEL 2019 p. 345 ss ;

BURGENER FABIO, Contrat entaché de corruption : L'intermédiaire a-t-il le droit de conserver ses honoraires ?, *in* Centre de droit bancaire et financier, 5 novembre 2021, <https://cdbf.ch/1204> (dernière consultation : 6.3.2023) ;

BURGENER FABIO/CASSANI URSULA, Délinquance écologique et profits illicites, *in* Perrier Depeursinge C. et al. (édit.), *Cimes et Châtiments, Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Moreillon*, Berne 2022 ;

CARNOT DORIS M., Regulierung und Beaufsichtigung der Rohstoffbranche, Ist eine Unterstellung der Rohwarenhändler unter das Geldwäschereigesetz ausreichend oder sind zusätzliche Massnahmen erforderlich?, *in* NIWUZ - Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich, vol. n° 110, 2021, p. 17 ss ;

CASSANI URSULA, *Droit pénal économique*, Bâle 2020 (cité : DPE) ;

CASSANI URSULA, Evolutions législatives récentes en matière de droit pénal économique : blanchiment d'argent et corruption privée, RPS 2018, p. 179 ss (cité : RPS 2018) ;

CASSANI URSULA, L'internationalisation du droit pénal économique et la politique criminelle de la Suisse : la lutte contre le blanchiment d'argent, RDS II 2008, p. 227 ss (cité : RDS II 2008) ;

CASSANI URSULA/BOVET CHRISTIAN/VILLARD KATIA (édit.), Commentaire romand, Loi sur le blanchiment d'argent, Bâle 2022 (cité : CR LBA-AUTEUR.E) ;

CASSANI URSULA/VILLARD KATIA, La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées, *in* Jositsch D./Schwarzenegger Ch./Wohlers W. (édit.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zurich/Bâle/Genève 2017, p. 583 ss (cité : Mélanges Donatsch) ;

CASSANI URSULA/VILLARD KATIA, The Changing face of money laundering regimes, *in* Sieber U. (édit.), Prevention, Investigation and Sanctioning of Economic Crimes, RIDP 2019, p. 159 ss (cité : RIDP 2019) ;

CHABLOZ ISABELLE/PERRIARD JULIE, Responsabilité sociale des entreprises : responsabilité de la société mère ou de son conseil d'administration ? *in* Trigo Trindade R./Bahar R./Neri-Castracane G. (édit.), Vers les sommets du droit, Liber amicorum pour Henry Peter, Genève/Zurich/Bâle 2019, p. 309 ss ;

DARBELLAY ALINE/CABALLERO CUEVAS YANNICK, The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law, RSDA 2023, p. 44 ss ;

FORSTMOSER PETER/KÜCHLER MARCEL, Schweizerisches Aktienrecht 2020, Mit neuem Recht der GmbH und der Genossenschaft und den weiteren Gesetzesänderungen, Berne 2022 ;

GEISSER GREGOR, Ansätze nach Ablehnung der Konzernverantwortungsinitiative, PJA 2021, p. 1358 ss (cité : Ansätze) ;

GEISSER GREGOR, Konzernverantwortung: Schweiz hat grossen Handlungsbedarf, plädoyer 6/2022, p. 36 ss (cité : Konzernverantwortung) ;

HIRSCH CÉLIAN, Blanchiment d'argent : Trop de publicité porte atteinte à la vie privée, *in* Centre de droit bancaire et financier, 26 novembre 2022, <https://cdbf.ch/1259/> (dernière consultation : 6.3.2023) ;

HUBER NIKLAUS/POLLI NATACHA, La loi sur le blanchiment d'argent dans le secteur non bancaire – Qui est soumis à la LBA ?, ECS 3/00, p. 198 ss ;

MACCHI CHIARA, A Glass Half Full: Critical Assessment of EU Regulation 2017/821 on Conflict Minerals, *in* Journal of Human Rights Practice 2/13, juillet 2021, p. 270 ss ;

MARKWALDER NORA, La responsabilité pénale de l'entreprise selon l'art. 102 al. 2 CP : nouvelle ordonnance pénale du MPC prononcée à l'encontre de trois entreprises suisses, *in* Crimen, 14 juin 2022, <https://crimen.ch/113/> (dernière consultation : 6.3.2023) ;

NERI-CASTRACANE GIULIA, Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2016 (cité : thèse) ;

NERI-CASTRACANE GIULIA, Projets législatifs : Informations non financières, matières premières et travail des enfants, *in* Centre de droit bancaire et financier, 5 mai 2021, <https://cdbf.ch/1182/> (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : CDBF) ;

PERRIARD JULIE, Entreprises et droits humains – La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse ? RSDA 2019 p. 667 ss ;

ROUILLER NICOLAS/BAUEN MARC/BERNET ROBERT/LASSERE ROUILLER COLETTE, La société anonyme suisse, Droit commercial, droit comptable, responsabilité, loi sur la fusion, droit boursier, droit fiscal, 3^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2022 (cité : ROUILLER et *al.*) ;

RYSER ROLAND, *Outsourcing*, Zurich/St. Gall 2007 ;

SCHMID NIKLAUS/LÖTSCHER BERNHARD, Die Subsumption des Eigenhandels mit Rohwaren unter den Begriff der Finanzintermediation im Sinne des GwG, *in* PJA 2002, p. 1266 ss ;

STESSENS G., *Money Laundering – A New International Law Enforcement Model*, Cambridge 2000 ;

VERVAELE JOHN A.E., Fondement et objectifs des incriminations et des peines en droit pénal international et en droit pénal européen en matière de blanchiment, *in* Bernard D. et *al.* (coord.), *Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, Limal 2013, p. 217 ss ;

VILLARD KATIA, *La compétence du juge pénal suisse à l'égard de l'infraction reprochée à l'entreprise, Avec un regard particulier sur les groupes de sociétés*, thèse, Genève/Zurich/Bâle 2017 (cité : Thèse) ;

VILLARD KATIA, *Enforcement : Le « naming and shaming » ne constitue pas une sanction pénale*, *in* Centre de droit bancaire et financier, 11 mars 2020, <https://cdbf.ch/1111/> (cité : naming) ;

ZIMMERMANN DANIEL, *Die Unterstellung des Eigenhandels mit Rohwaren unter das Geldwäschereigesetz - eine Replik*, PJA 2003, p. 1441 ss.

Autres sources

Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA), *Circulaire 2011/1, Activité d'intermédiaire financier au sens de la LBA, Précisions concernant l'ordonnance sur le blanchiment d'argent (OBA)*, 4 novembre 2020 (cité : FINMA, *Circulaire 11/1*) ;

Center for European Policy Studies, *Study on the Non-Financial Reporting Directive, Final report*, novembre 2020 (cité : CEPS, *Study*) ;

Client Earth, The proposed EU law on deforestation-free products, décembre 2021 (cite : Client Earth, Rapport) ;

Commission des affaires juridiques du Conseil national, Rapport complémentaire sur les propositions de la commission en vue du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme, 18 mai 2018 (cité : CAJ-N, Rapport) ;

Commission d'experts Zimmerli, Sanctions dans la surveillance des marchés financiers (Travaux législatifs découlant du rapport final du groupe d'experts, Surveillance des marchés financiers; rapport Zufferey), 2^e rapport partiel de la Commission d'experts instituée par le Conseil fédéral, août 2004 (cité : Commission d'experts Zimmerli) ;

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014, COM (2011) 681 final, 25 octobre 2011 (cité : CE, Communication) ;

Commission européenne, Communiqué de presse, Pacte vert: L'UE adopte une législation visant à lutter contre la déforestation et la dégradation des forêts induites par la production et la consommation de l'UE, 6 décembre 2022, disponible sous https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_7444 (cité : CE, Communiqué 6.12.2022) ;

Commission européenne, Lignes directrices sur l'information non financière, JO C 215/1, 5 juillet 2017 (cité : CE, Lignes directrices INF) ;

Commission européenne, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the making available on the Union market as well as export from the Union of certain commodities and products associated with deforestation and

forest degradation and repealing Regulation (EU) No 995/2010, 17 novembre 2021, COM(2021) 706 final (cité : CE, Proposal 2021) ;

Commission européenne, Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, 23 février 2022, COM/2022/71 final (cité : CE, Proposition 2022) ;

Commission européenne, Questions et réponses sur les nouvelles règles applicables aux produits « zéro déforestation », 21 novembre 2021, disponible sous https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/qanda_21_5919 (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : CE, Q&R Zéro Déforestation ») ;

Commission européenne, Résumé d'analyse du rapport d'impact accompagnant le document : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2013/34/UE, 2004/109/CE et 2006/43/CE ainsi que le règlement (UE) n° 537/2014 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 21 avril 2021, SWD (2021) 151 final (cité : CE, Résumé d'analyse) ;

Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Le Conseil donne son feu vert définitif à la directive sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, 28 novembre 2022 à 10h30, disponible sous <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/11/28/council-gives-final-green-light-to-corporate-sustainability-reporting-directive/> (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : Conseil, Communiqué 28.11.2022) ;

Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse, Règles sur le devoir de vigilance pour les grandes entreprises: le Conseil adopte sa position, 1^{er} décembre 2022 à 11h15, disponible sous <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2022/12/01/council-adopts-position-on-due-diligence-rules-for-large-companies/> (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : Conseil, Communiqué 1.12.2022) ;

Conseil de l'Union européenne, Orientation générale du Conseil concernant la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, 30 novembre 2022 (cité : Conseil, Position) ;

Conseil fédéral, 2^e Rapport concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations du rapport de base : matières premières, 19 août 2015 (cité : CF, Rapport Avancement 2015) ;

Conseil fédéral, 3^e Rapport concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations du rapport de base : matières premières, 2 décembre 2016 (cité : CF, Rapport Avancement 2016) ;

Conseil fédéral, Communiqué de presse, Gestion durable des entreprises : le Conseil fédéral détermine la marche à suivre, 2 décembre 2022, disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-92009.html> (cité : CF, Communiqué 2.12.2022) ;

Conseil fédéral, Communiqué de presse, Le Conseil fédéral entend renforcer la transparence des personnes morales, 12 octobre 2022, disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-90662.html> (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : CF, Communiqué 12.10.2022) ;

Conseil fédéral, Communiqué de presse, Le Conseil fédéral ouvre la procédure de consultation sur la révision de la loi sur la protection de l'environnement, 8 septembre 2021, disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-85026.html> (dernière consultation : 6.3.2023 ; cité : CF, Communiqué 8.9.2021) ;

Conseil fédéral, Message concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2017 353, 23 novembre 2016 (cité : CF, Message SA) ;

Conseil fédéral, Message relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », FF 2017 5999, 15 septembre 2017 (cité : CF, Message Multinationales) ;

Conseil fédéral, Message relatif à la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchissage d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchissage d'argent, LBA), 17 juin 1996 (cité : CF, Message LBA) ;

Conseil fédéral, Rapport concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations du rapport de base : matières premières, 26 mars 2014 (cité : CF, Rapport Avancement 2014) ;

Conseil fédéral, Rapport donnant suite au postulat 17.4204 Seydoux-Christe du 14 décembre 2017, Supervision des activités de négoce de matières premières sous l'angle du blanchiment, 26 février 2020 (cité : CF, Rapport 2020) ;

Conseil fédéral, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 15.3877, Recordon, 21.09.2015, Commerce de l'or produit en violation des droits humains, 14 novembre 2019 (cité : CF, Rapport or) ;

Conseil fédéral, Rapport du Conseil fédéral sur l'état de la mise en œuvre des recommandations du rapport « Secteur suisse des matières premières : état des lieux et perspectives », 21 avril 2021 (cité : CF, Rapport Mise en œuvre 2021) ;

Conseil fédéral, Rapport en réponse aux postulats 13.3848 (Ingold) du 26 septembre 2013 et 15.3920 (Maury Pasquier) du 23 septembre 2015, Flux financiers déloyaux et illicites en provenance des pays en développement, 12 octobre 2016 (cité : CF, Rapport Flux 2016) ;

Conseil fédéral, Rapport explicatif de 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), 3 décembre 2021 (cité : CF, Rapport explicatif ODiTR) ;

Conseil fédéral, Rapport explicatif relatif à la modification du code des obligations (droit de la société anonyme), 28 septembre 2010 (cité : CF, Rapport explicatif SA) ;

Conseil fédéral, Rapport sur le secteur suisse des matières premières : état des lieux et perspectives, 30 novembre 2018 (cité : CF, Rapport de base 2018) ;

Conseil fédéral, Sanctions administratives pécuniaires, Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 18.4100 de la CIP-N du 1^{er} novembre 2018, 23 février 2022, (cité : CF, Sanctions administratives pécuniaires) ;

Conseil international des mines et métaux, InBrief: Human rights, social development and the mining and metals industry, juin 2012 (cité : CIMM, InBrief) ;

Département fédéral des affaires étrangères/Secrétariat d'État à l'économie, The Commodity Trading Sector - Guidance on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, Berne 2018 (cité : DFAE/SECO, Guide) ;

Groupe d'action financière, Money Laundering from Environmental Crime, juillet 2021 (cité : GAFI, Environmental) ;

Groupe d'action financière, Money Laundering Typologies 1996-1997, février 1997 (cité : GAFI, Rapport Typologies 1996-97) ;

Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, juin 2015 (cité : GCBF, Rapport 2015) ;

Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, National Risk Assessment (NRA) : La corruption comme infraction préalable au blanchiment d'argent, avril 2019 (cité : GCBF, Rapport 2019) ;

Groupe interdépartemental de coordination sur la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, Rapport sur l'évaluation nationale des risques de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme en Suisse, octobre 2021 (cité : GCBF : Rapport 2021) ;

Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), Guide pour la mise en œuvre de la Norme ITIE, 17 juin 2019 (cité : ITIE, Guide) ;

Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), Directives pour la déclaration par les entreprises achetant du pétrole, du gaz et des minéraux auprès des gouvernements, Exigence ITIE 4.2, septembre 2020 (cité : ITIE, Directives) ;

Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), La Norme ITIE 2019, 15 octobre 2019 (cité : ITIE, Norme) ;

Institut suisse de droit comparé, Die Umsetzung der Richtlinie 2014/95/EU (CSR-Richtlinie) in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Italien, Niederlande, Österreich, Schweden, Spanien, Vereinigtes Königreich, 15 avril 2018 (cité : ISDC, Umsetzung) ;

Institut suisse de droit comparé, Kurzgutachten zum Stand des § 1504 Dodd-Frank Gesetzes USA, état au 23 avril 2018, E-Avis ISCD 2018-07 (cité : ISDC, USA I) ;

Institut suisse de droit comparé, Kurzgutachten zum Stand des § 1504 Dodd-Frank Gesetzes USA, état au 18 juin 2018, E-Avis ISCD 2018-11 (cité : ISDC, USA II) ;

Institut suisse de droit comparé, Transparenzbestimmungen im Rohstoffsektor, EU, Hongkong, Kanada, USA, état au 31 janvier 2014, E-Avis ISDC 2017-08 (cité : ISDC, Transparence 2014) ;

Institut suisse de droit comparé, Transparenzbestimmungen im Rohstoffsektor, EU, Deutschland, Dänemark, Frankreich, Niederlande, Schweden, Vereinigtes Königreich, état au 5 août 2016, E-Avis ISDC 2017-01 (cité : ISDC, Transparence 2016) ;

Institute for Human Rights and Business, The Swiss Commodities Trading Industry: A Mapping Study, mars 2017 (cité : IHRB, Mapping Study) ;

International Resource Panel, Mineral Resource Governance in the 21st Century: Gearing extractive industries towards sustainable development, 2020 (cité : IRP, Mineral) ;

MIHALYI DAVID/ADAM AISHA/HWANG JYHJONG, Prêts adossés à des ressources naturelles : pièges et potentiel, Natural Resource Government Institute, février 2020 ;

Office fédéral de l'environnement, Rapport explicatif concernant la modification de la loi sur la protection de l'environnement (bruit, sites contaminés, taxes d'incitation, financement de cours de formation initiale et continue, systèmes d'information et de documentation, droit pénal), 8 septembre 2021 (cité : OFEV, Rapport explicatif) ;

Office fédéral de la justice, Dispositions visant à mieux protéger l'être humain et l'environnement : développements internationaux, actualisation août 2022 (cité : OFJ, Développements) ;

Office fédéral de la justice, Rapport sur les propositions de l'UE en matière de durabilité et sur le droit en vigueur en Suisse, 25 novembre 2022 (cité : OFJ, Propositions UE) ;

Office fédéral de la justice, Transparence sur les questions non financières et devoirs de diligence et transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants, 19 novembre 2019 (cité : OFJ, Transparence) ;

Office fédéral de la Statistique, Statistique des négociants en matières premières (NMP) Identification des négociants en matières premières dans la statistique publique, 2021 (cité : OFS, Négociants) ;

Organisation de coopération et de développement économiques/Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, Guide OCDE-FAO pour des filières agricoles responsables, 2016 (cité : OCDE/FAO, Guide Filières Agricoles) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque : Troisième édition, 2016 (cité : OCDE, Guide Minerais Conflits) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour un engagement constructif des parties prenantes dans le secteur extractif, 2017 (cité : OCDE, Guide Extractif) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Guide sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises, 2018 (cité : OCDE, Guide Diligence) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Guide sur le devoir de diligence pour les chaînes d'approvisionnement en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, 2016 (cité : OCDE, Guide Conflit) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Les principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, 2011 (cité : OCDE, Principes directeurs) ;

Organisation de coopération et de développement économiques, Principes directeurs pour des contrats extractifs durables, 3^e éd., 12 janvier 2021 (cité : OCDE, Principes directeurs Extractifs) ;

Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD Development Policy Tools, Typology of Corruption Risks in Commodity Trading Transactions, juin 2021 (cité : OECD, Typology) ;

Organisation des Nations-Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, 2011 (cité : ONU, Principes directeurs) ;

Plateforme interdépartementale matières premières, Rapport de base : matières premières, 27 mars 2013 (cité : PIMP, Rapport de base 2013).