

# **Contre-projet à l'initiative pour des multinationales responsables – Réponse à la consultation sur l'ordonnance d'exécution (ODiTr)**

**Juin 2021 [Projet 1.0]**

---

Editeur :

Association Initiative multinationales responsables,  
Monbijoustrasse 31, Case postale, 3001 Berne  
+41 31 390 93 36 / [info@initiative-multinationales.ch](mailto:info@initiative-multinationales.ch)



*La présente réponse à la consultation s'appuie sur l'appréciation politique et l'évaluation technique de l'association Initiative multinationales responsables et sur l'analyse juridique de Gregor Geisser, docteur en droit et conseil juridique.*

## Introduction

L'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », mieux connue sous le nom d'« Initiative pour des multinationales responsables », a été soumise à votation le 29 novembre 2020. Bien que 50,7 % des suffrages aient été en faveur, l'opposition claire des cantons (14.5 ont voté non) a fait échouer le projet. La mise en œuvre du contre-projet indirect, adopté par le parlement, est l'objet désormais d'une consultation et son entrée en vigueur est annoncée pour le 1<sup>er</sup> janvier 2022.

La coalition derrière l'initiative pour des multinationales responsables a critiqué dès le début la loi du contre-projet dans sa version actuelle, parce qu'elle ne comprend pour l'essentiel qu'une obligation de produire un rapport non-financier, et parce que dans les cas où elle va au-delà, elle exclut arbitrairement certains thèmes, renonce à tout mécanisme de contrôle et de sanction et ne satisfait pas aux normes internationales. Au vu de l'ordonnance d'exécution dans sa version actuelle, il est regrettable que, malgré la majorité populaire, le Conseil fédéral n'utilise même pas toute la latitude que donne la loi pour corriger des faiblesses de la loi, mais au contraire dilue encore plus la réglementation de sorte que presque aucune entreprise ne sera concernée par les obligations de diligence en matière de travail des enfants et de minerais provenant des zones de conflit.

Ce résultat n'étonne pas les observatrices et observateurs du débat politique. Il s'inscrit dans la politique de longue date du Conseil fédéral quant à la responsabilité des multinationales. Elle a toujours consisté à reconnaître en partie la nécessité d'agir tout en refusant systématiquement de légiférer. Il a fallu la pression d'un mouvement populaire sans précédent pour des multinationales plus responsables ainsi que la perspective d'un compromis au Parlement qui aurait pu conduire à une loi efficace (et au retrait de l'initiative populaire), pour que le Conseil fédéral soit contraint d'intervenir en introduisant une pseudo-législation. En effet, dans le message du 15 septembre 2017, il n'était pas encore question d'un contre-projet, mais seulement du rejet de l'initiative populaire. Pas plus tard qu'en 2019, la ministre de la Justice est intervenue dans les négociations parlementaires en cours avec une loi bricolée en toute hâte, torpillant ainsi la proposition de compromis élaborée par les commissions juridiques depuis 2018. Le Tages-Anzeiger s'est d'ailleurs fait l'écho de la manœuvre politique de Mme Keller-Sutter en faveur des grands groupes<sup>1</sup>. Le contre-projet a été un argument tout trouvé dans la campagne de votation qui a suivi.

Ce contexte politique explique pourquoi le contre-projet et par conséquent aussi l'ordonnance d'exécution sont tout sauf un outil législatif efficace : ils n'ont jamais été pensés comme tels. Bien au contraire ! L'esprit et l'objectif des textes en question ont toujours été d'empêcher toute législation.

L'association Initiative multinationales responsables continuera de s'engager pour des règles s'appliquant aux groupes, dont le siège se trouve en Suisse, qui soient à la hauteur des évolutions internationales et qui contribuent efficacement à protéger les droits humains et l'environnement dans les pays du Sud. En soumettant cette prise de position détaillée, nous nous efforçons en parallèle de proposer une orientation en vue d'améliorer la réglementation présente là où il existe une marge de manœuvre pour l'ordonnance.

---

<sup>1</sup> «Keller-Sutters Winkelzug für die Grosskonzerne», Tages-Anzeiger du 14 août 2019, p. 5. Le journal hebdomadaire WOZ a ensuite révélé que le nouveau contre-projet s'inspirait des propositions et de l'initiative de la fédération de multinationales Swissholdings. («Der lange Arm von Swissholdings», WOZ du 12 mars 2020, p. 3.)

## Résumé

### 1. Une législation faible comme point de départ

L'ordonnance d'exécution mise en consultation pour le contre-projet à l'initiative pour des multinationales responsables est d'abord grevée par une législation très faible.

#### 1.1 Une législation entravée par des erreurs de conception majeures

Les lacunes sont traitées en détail dans le chapitre d'introduction de la réponse à la consultation de l'association Initiative multinationales responsables. La critique s'articule autour des quatre points suivants qui s'appuient d'une part sur les normes et évolutions internationales et d'autre part des principes constitutionnels essentiels :

- (1) Le projet ne prévoit pas de devoirs de diligence transversaux, mais se contente pour l'essentiel de l'**élaboration de rapports**, outil inefficace et obsolète s'il en est.
- (2) Toutefois, là où le projet reconnaît très **ponctuellement** des **devoirs de diligence**, les **thèmes** choisis en la matière sont **arbitraires**: il est difficile de comprendre pourquoi la réglementation se limite au travail des enfants et à quelques minerais de conflit guère pertinents pour la Suisse (hormis l'or) et ne s'attaque pas, conformément aux normes et aux évolutions internationales, à des problèmes au moins tout aussi importants comme le travail forcé et l'esclavage, les travaux nocifs pour la santé, l'expropriation, la disparition des moyens de subsistance naturels ainsi que la question toujours plus urgente de la destruction de l'environnement.
- (3) Troisièmement, la diligence imposée par la loi est une « **obligation** » **sans application**, que ce soit au niveau du droit civil, pénal ou administratif. La violation du devoir de diligence n'est sanctionnée par aucune conséquence juridique. La norme pénale minimaliste ne porte que sur l'élaboration de rapports. Le but explicite du projet se limite en ce « que les devoirs de diligence et la transparence au sujet de leur accomplissement agiront en permanence sur les forces du marché. Dans un tel système, la sanction viendra des consommateurs, des bailleurs de fonds propres et de fonds étrangers, ainsi que des acteurs et organisations de la société civile. »<sup>2</sup> Le projet reste attaché à une approche que non seulement l'UE, mais en particulier nos plus grands voisins à savoir la France et l'Allemagne, ont considérée comme largement insuffisante au regard de son impact sur la base d'une analyse empirique approfondie du comportement des entreprises.
- (4) Quatrièmement, le projet ne reprend même pas la totalité de ses **modèles** étrangers obsolètes, voire **pas du tout** en ce qui concerne le volet applicatif ou dans une version tellement **édulcorée** qu'elle devient méconnaissable.

#### 1.2 L'étranger a une longueur l'avance

Un tel projet est **inefficace, arbitraire, incertain sur le plan légal et dépassé dans un contexte international**. La législation actuellement nécessaire requiert un devoir de diligence étendu couvrant tous les droits humains et aspects environnementaux pertinents. Ce devoir doit être assorti de moyens d'application efficaces, que ce soit au niveau du droit civil ou à titre complémentaire du droit pénal et administratif. L'initiative pour des multinationales responsables a indiqué cette voie il y a déjà plus de 5 ans en s'appuyant sur les [Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#) adoptés il y a une décennie. L'UE avec la toute récente proposition de directive sur le devoir de diligence des entreprises d'après [la résolution du Parlement européen](#) du 10 mars 2021 et, en amont de cette

---

<sup>2</sup> Rapport explicatif de l'ordonnance, p. 15.

décision, de nombreux États européens aussi s'engagent désormais dans cette voie. Parmi ceux-ci figurent notamment les « moteurs » de l'Europe qui sont aussi nos plus grands voisins : la France ([loi relative au devoir de vigilance](#), en vigueur depuis 2017) et l'Allemagne ([loi sur les chaînes d'approvisionnement](#)), adoptée le 11 juin 2021). Ces cadres juridiques sont le fruit d'une constatation unanime : sans mise en application effective, ni la rédaction de rapports ni la diligence ponctuelle n'ont eu d'impact important quant aux pratiques commerciales des entreprises. La prétention du contre-projet d'emprunter une voie au diapason des autres pays, ne résiste pas à une comparaison avec la réalité internationale, laquelle révèle au contraire une contradiction croissante.

### 1.3 « Coordination internationale » : ambition commune et manque d'information du personnel politique

L'ambition d'une coordination internationale en matière de responsabilités des multinationales semble être le dénominateur commun entre la société civile et les politiques. Néanmoins, les politiques ont un grand retard à rattraper en ce qui concerne la connaissance et l'anticipation des évolutions internationales. Ainsi, malgré des études juridiques comparatives (y compris mandatées par leurs soins)<sup>3</sup>, le Conseil fédéral et le Parlement ont à l'automne dernier fait preuve de la plus grande véhémence pour nous avertir que la Suisse ferait cavalier seul si elle adoptait l'initiative pour des multinationales responsables. Pourtant, à cette époque, une loi similaire ([loi relative au devoir de vigilance](#)) était déjà en vigueur depuis trois ans en France, le Parlement européen était sur le point de proposer législation européenne sur la responsabilité des multinationales qui a fait l'objet d'une [résolution](#) prévisible depuis longtemps (ces recommandations à la Commission européenne ont été adoptées le 10 mars 2021) et l'Allemagne poursuivait la même stratégie avec l'adoption aussi prévisible d'une [loi sur les chaînes d'approvisionnement](#) (adoptée le 10 juin 2021). Cet état des lieux est aujourd'hui déjà dépassé et l'évolution ne va que dans un sens : une responsabilité des multinationales de plus en plus efficace. En guise d'illustration : dans les six mois qui ont suivi la votation suisse, des projets de loi concrets ont aussi été présentés par les gouvernements ou parlements en Norvège, en Belgique et aux Pays-Bas par exemple.

## 2. Consultation sur l'ordonnance – critiques et propositions

La coalition derrière l'initiative pour des multinationales responsables s'attendait après l'approbation populaire du 29 novembre 2020 à ce que le Conseil fédéral profite dans l'ordonnance de toute la latitude que lui délègue le Parlement. Cette attente a été déçue. Ce texte provisoire aggrave encore plus les faiblesses du projet récapitulées plus haut, et ce concernant les problèmes de fond suivants :

- **des exemptions excessives** du devoir de diligence par des limitations importantes du champ d'application et
- **un cahier des charges lacunaire** en matière de devoir de diligence.

---

<sup>3</sup> Par rapport à la question la plus controversée de la campagne de votation, à savoir celle de la responsabilité, voir entre autres [INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ](#), rechtsvergleichendes Gutachten zur Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen – Deutschland, England, Frankreich, Holland, Kanada, Italien, Österreich, Schweden, 30 juillet 2019.

## 2.1 Exemptions excessives du devoir de diligence et de transparence

### 2.1.1 Graves erreurs systémiques

Déterminer le champ d'application d'une réglementation fait partie des principales attributions de la législation. Le Parlement a cependant délégué cette mission pour l'essentiel au Conseil fédéral, se soustrayant ainsi à une responsabilité majeure en amont de la votation sur l'initiative pour des multinationales responsables. Le Conseil fédéral interprète cette mission qui lui a été confiée d'une manière qui exempte un groupe excessivement large d'entreprises des devoirs de diligence et de transparence.<sup>4</sup> Cela s'oppose au principe juridique qui consiste à limiter les exceptions à la règle. Et surtout, cela va à l'encontre des normes internationales et en particulier des cadres réglementaires servant de modèles qui ont cherché à définir de manière suffisamment large le cercle des entreprises concernées selon une approche basée sur les risques : celui qui prend des risques doit aussi exercer la diligence qui s'impose.

Les exemptions sont caractérisées par deux erreurs systémiques :

D'une part, les dispositions **mélangent** les questions qui sont en fait liées au **devoir de diligence** avec celles qui devraient conduire à une **exemption** de ce devoir. Cet amalgame est surtout lourd de conséquences lorsqu'un devoir de diligence au rabais permet de s'exonérer du devoir de diligence reconnu internationalement.

D'autre part, les éléments proposés par le Conseil fédéral n'exemptent pas seulement du devoir de diligence. Ils exonèrent les entreprises **aussi** de l'**obligation de faire rapport** sur les raisons justifiant cette exemption. Une telle ordonnance ouvre la possibilité à n'importe quelle entreprise de conclure qu'elle ne prend aucun risque afin de pouvoir se soustraire à la diligence légale sans devoir s'en expliquer publiquement. La modeste idée de base du contre-projet lui-même est alors contournée : il est explicitement indiqué qu'il s'agit de rendre accessibles au marché les devoirs de diligence et la transparence au sujet de leur accomplissement.

Ces lourdes erreurs systémiques au regard de la responsabilité des entreprises en matière de droits humains sont une constante qui caractérise tous les motifs d'exclusions tels que le projet d'ordonnance les a formulés. Elles sont encore plus flagrantes dans le domaine du travail des enfants que celui des minerais de conflit. Le détail des erreurs majeures et des améliorations possibles est résumé ci-dessous (pour chaque point, se référer aux explications détaillées pour les justifications).

---

<sup>4</sup> Ni la loi ni l'ordonnance ne donnent de précisions sur le lien entre l'exemption du devoir de rendre compte spécifique afférent au devoir de diligence d'après l'art. 964<sup>septies</sup> CO [nouveau] et du reporting général selon l'art. 964<sup>ter</sup> CO [nouveau]. Même si l'on considère que le reporting général subsiste même en cas d'exemption du devoir de diligence et du devoir de rendre compte correspondant, ce reporting général ne saurait remplacer le devoir de transparence conformément à l'art. 964<sup>septies</sup> CO [nouveau] : en effet, premièrement, le reporting suit une approche «comply or explain» et donc pas un devoir de rendre compte inconditionnel. Deuxièmement, le reporting selon l'art. 964<sup>ter</sup> CO [nouveau] ne comprend pas de devoirs de diligence spécifiques au plan thématique et troisièmement, le reporting se limite aux grandes entreprises d'intérêt public à partir de 500 emplois à plein temps et ne s'étend pas, comme les devoirs de diligence avec devoir de rendre compte associé, aux entreprises dès 250 emplois à plein temps (travail des enfants) ou à partir de certains volumes d'importation et de transformation (minerais de conflit).

## 2.1.2 Exemptions pour le travail des enfants et les minerais de conflit

### A. Exemption non conforme et contraire à la loi d'entreprises dont le siège central et l'administration centrale se trouvent en Suisse

En comparaison internationale, le texte est déjà de toute façon dépassé et dénué d'ambition puisqu'il se limite aux entreprises établies en Suisse. Il renonce ainsi à mettre sur un pied d'égalité les entreprises suisses et les importateurs étrangers, par exemple, comme le prévoit la législation-modèle néerlandaise sur le travail des enfants, le règlement européen pour les minerais de conflit, la proposition de directive sur le devoir de diligence du Parlement européen ou la loi allemande sur les chaînes de valeur. Cette limitation est encore renforcée par une omission du législateur : la réglementation s'applique uniquement aux entreprises, dont le siège statutaire est en Suisse, dans le respect du droit international privé applicable. En contradiction avec les propres dispositions du contre-projet, elle ne s'applique pas non plus par exemple aux entreprises qui en tant que sociétés de domicile étrangères (appelées familièrement sociétés boîtes aux lettres) sont enregistrées à l'étranger, mais dont l'essentiel des activités se trouve en Suisse sous forme d'établissement principal ou d'administration principale. En effet, les dispositions pertinentes du droit des sociétés, auxquelles appartiennent aussi les nouvelles règles comptables, ne s'appliquent en principe, selon l'art. 154 LDIP, qu'aux entreprises enregistrées en Suisse, mais pas à celles dont l'administration principale ou l'établissement principal se trouvent en Suisse. Cette limitation non intentionnelle par la loi doit être clarifiée d'urgence au niveau de l'ordonnance, par ex. en désignant les prescriptions de diligence et de transparence comme lois de police conformément au droit suisse.

### B. Exemption par citation d'une législation internationale – autodéclaration plutôt que diligence et transparence

Considérons du point de vue de la pratique cet autre motif d'exemption, qui s'apparente à un raisonnement circulaire : soit une entreprise doit remplir le devoir de diligence imposé par la loi – qui s'appuie sur des réglementations reconnues internationalement – et rendre compte publiquement de la manière dont elle s'acquitte de ses obligations. Ou bien, elle peut se contenter de citer dans un rapport une réglementation reconnue internationalement pour se soustraire au devoir légal de diligence et de transparence. On voit facilement quelle option est la plus simple pour l'entreprise afin que son comportement soit considéré comme conforme. Avec cet « opt out », toute la législation dépend du bon vouloir des entreprises. De ce fait, la réglementation se prive en réalité de son sens, à savoir sa force législative. La doctrine a donc instamment recommandé au Conseil fédéral de ne pas procéder à une exemption des obligations sous cette forme, en accord avec les normes internationales.<sup>5</sup> Le projet d'ordonnance a plus que déçu cette attente. Il renforce le défaut de conception de la loi dans ses trois dimensions :

**1) alternative au lieu de cumulative :** d'une part, le projet choisit une approche à la carte des réglementations internationales. Il laisse libre choix aux entreprises parmi différentes législations. Et ce, alors que les législations référencées, du fait qu'elles traitent différents aspects de la diligence, ne forment un cadre de référence complet que si elles sont considérées ensemble.

**2) statique au lieu de dynamique :** le projet d'ordonnance présente une deuxième contradiction avec les normes internationales en se concentrant délibérément sur l'état actuel des réglementations citées sans suivre l'évolution dynamique des références internationales, c'est-à-dire sans obliger les entreprises à se conformer à la dernière version de la réglementation en question.

---

<sup>5</sup>ATAMER/WILLI, p. 696 sq.; voir aussi WEBER Rz. 12.

**3) autodéclaration au lieu de rapports :** pour finir, l'entreprise est même déliée de l'obligation minimale de rendre compte publiquement de **la manière** dont elle applique les législations internationales. Cette absence de rapports compromet l'ambition déjà extrêmement modeste de la législation de rendre accessibles au marché les devoirs de diligence et la transparence au sujet de leur accomplissement. Autrement dit, la citation de législations au lieu d'une obligation de diligence et de rendre compte n'est rien de plus qu'une autodéclaration sans transparence.

### **2.1.3 Exemptions supplémentaires pour le travail des enfants**

#### **A. Exemption des PME à risques – contradiction avec l'approche fondée sur le risque établie à l'international**

Le projet d'ordonnance exclut de la réglementation toutes les petites et moyennes entreprises indépendamment de leurs risques. Une telle exemption par catégorie s'oppose à l'approche fondée sur le risque des normes et des réglementations-modèles internationales. Elle est aussi et surtout arbitraire, car selon les pays, les secteurs et les activités, les chaînes de création de valeur des PME comportent des risques particuliers pour le travail des enfants. On pense par ex. aux entreprises du secteur du chocolat, du textile ou des matières premières. En 2019, l'administration fédérale a publié une brochure explicitement adressée aux PME qui incite à faire preuve de diligence en matière de droits humains et met en avant ses avantages.<sup>6</sup> Par conséquent, l'ordonnance devrait être complétée, comme la loi l'ordonne également, par l'inclusion des PME à risques. Le fait que les grandes entreprises à faible risque soient prises en compte, mais pas les PME à risques élevés, relève de l'arbitraire et non d'une approche fondée sur le risque.

#### **B. Exemption excessive des grandes entreprises présentant des risques dits faibles**

Exonérer les grandes entreprises à faibles risques de leur devoir de diligence constitue une particularité suisse qui n'apparaît pas dans les réglementations-modèles étrangères. Il est d'autant plus important d'encadrer étroitement ce traitement préférentiel des grandes entreprises suisses. Le projet d'ordonnance a toutefois l'effet contraire : premièrement, pour la question des « risques faibles », il renvoie automatiquement à l'UNICEF Workplace Index classé par pays et d'ailleurs qualifié d'approximatif, plutôt qu'à d'autres indicateurs tout aussi pertinents comme la région, le secteur et l'activité. Deuxièmement, le contrôle des relations commerciales (pour constater si les risques existants ne sont que faibles) se limite au contrôle de l'indication de la provenance. Un exemple : un produit peut porter la mention « Made in Germany » si l'assemblage final a lieu en Allemagne. Si un distributeur suisse achète une chaussure fabriquée en Allemagne, il peut se libérer du devoir de diligence en se référant à cette indication de provenance. L'entreprise suisse pourrait ainsi ignorer les étapes de fabrication intermédiaires (par ex. le tannage du cuir) dans un pays tiers où le travail des enfants est un sujet épineux. La liste des exemples illustrant cette limitation de la portée du contrôle visant une exemption pour « risques faibles » pourrait s'allonger indéfiniment (par ex. du chocolat fabriqué en Belgique, mais avec du cacao provenant de Côte d'Ivoire). La réglementation déjà laxiste passe ainsi à côté de la problématique essentielle. Elle est rendue largement inutile. La coalition réclame donc instamment un contrôle différencié, approprié et conforme aux normes internationales de toutes les relations commerciales en lien avec le produit de l'entreprise suisse et susceptibles d'avoir un rapport avec le travail des enfants – y compris les semi-produits et produits intermédiaires concernés. Dans le guide sur la diligence en matière de droits humains cité ci-dessus, l'administration fédérale rappelle justement et en accord avec les législations

---

<sup>6</sup> La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme dans les PME suisses, 9.5.2019, [SECO/DFAE](#).

internationales : « Il ne s'agit pas seulement de l'activité de l'entreprise elle-même, mais de toute la chaîne de création de valeur. »<sup>7</sup> En accord avec les normes internationales, l'entreprise qui estime que ses risques sont faibles doit le justifier dans un rapport public et non se contenter de documenter cette décision sans justification, comme le prévoit le projet d'ordonnance.

### C. L'autre possibilité d'exemption en cas de non-suspicion de recours au travail des enfants incite à fermer les yeux

L'élément du « soupçon fondé » de recours au travail des enfants est une autre condition préalable du devoir de diligence qui ne s'appuie sur rien de comparable au niveau international. Cette condition devient problématique surtout dans l'interprétation concrète du projet d'ordonnance. Ce dernier voit dans l'absence de soupçon une autre possibilité d'exemption des devoirs de diligence et de transparence au lieu de considérer cet élément comme le premier point à examiner dans le cadre du devoir de diligence, à savoir l'évaluation des risques. Un tel point de vue **tourne en dérision** l'esprit et l'objectif de la réglementation ainsi que les **normes internationales** : seul l'exercice du devoir de diligence peut révéler une éventuelle suspicion de recours au travail des enfants. Sinon, la passivité est récompensée, selon la devise « Moins j'en sais mieux je me porte ». Cette mécompréhension est **lourde de conséquences** juridiques dans la pratique : quel département Compliance d'une entreprise aura envie d'enquêter activement sur les risques de recours au travail des enfants pour reconnaître un soupçon fondé le cas échéant et s'exposer alors au devoir de diligence et de transparence ? D'autant moins si cette même entreprise a la possibilité de conclure qu'elle n'a aucun soupçon raisonnable sans s'être activement acquittée d'un devoir d'enquête et de rapport public, ce qui lui permet de se soustraire au devoir de diligence. De cette façon, cependant, même la transparence de l'accomplissement, avec la société civile comme organe de sanction, telle qu'invoquée par le projet d'ordonnance lui-même, n'a pas fonctionné sur un point très important. La seule chose qui puisse remédier à cette situation est de lier systématiquement la vérification du soupçon au devoir de diligence, avec une obligation de rendre compte en ce sens.

## 2.1.4 Exemptions supplémentaires pour les minerais de conflit

### A. Valeurs-seuils trop élevés

La reprise des valeurs-seuils européennes en dessous desquelles l'importation et la transformation des minerais de conflit sont exemptées du devoir de diligence est critiquée à double titre par la coalition. **Premièrement**, pour déterminer les volumes d'importation, le projet d'ordonnance doit respecter l'objectif du règlement européen sur les minerais provenant de zones de conflit qui sert de modèle. La coalition exige donc la preuve que les valeurs-seuils fixées couvrent, comme le règlement européen, au moins 95 % des volumes importés et transformés en Suisse pour chaque minerai et métal. Si ce n'est pas le cas, ces seuils doivent être adaptés. Le projet d'ordonnance n'a à ce jour pas encore fourni cette preuve. **Deuxièmement**, même la branche concernée au niveau européen considère comme trop élevé le seuil pour l'or aussi prévu pour la Suisse par le projet d'ordonnance (European Precious Metals Federation) : « The current 100 kg threshold for gold and 4.000 000 kg for gold ores and concentrates required for the regulation to apply risks weakening the standards, which could have reputational consequences for the industry. » (Le seuil actuel de 100 kg pour l'or et de 4 000 000 kg pour les minerais et les concentrés d'or requis pour que le règlement s'applique risque d'affaiblir les normes, ce qui pourrait avoir des conséquences sur la réputation du secteur.)<sup>8</sup> Elle plaide pour un abaissement des seuils au plus tard lors de la révision du règlement

---

<sup>7</sup> cf. note 4.

<sup>8</sup> European Precious Metals Federation, Responsible Sourcing.

européen en 2023. La Suisse doit entendre cet appel des professionnels dans sa réglementation, qui s'appliquera au plus tôt à l'exercice 2023, et abaisser les valeurs-seuils pour la Suisse en concertation avec ladite branche. Ce copier-coller irréfléchi des valeurs-seuils européennes peut justement conduire à exclure de la réglementation les nombreux acteurs, plus petits mais hautement spécialisés établis en Suisse (dans la fabrication des composants ou la finition notamment dans le secteur de l'or). Des valeurs-seuils d'importation et de transformation élevées constituent un problème de taille parce que de petites quantités d'or en provenance de pays en conflit sont parfois importées en Suisse. En règle générale, les négociants établis en Suisse importent de l'or pour le vendre à des raffineries suisses. De même, il convient de clarifier sur plusieurs points que la réglementation concerne le commerce de transit éminemment important pour la Suisse (le Conseil fédéral doit encore fournir les données nécessaires en ce qui concerne les minerais de conflit).

### **B. Définition trop restreinte des zones de conflit ou à haut risque**

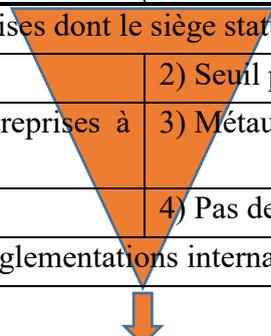
Différentes régions problématiques en matière de violations des droits humains où le secteur suisse des matières premières est présent ne figurent pas dans la liste des zones de conflit ou à haut risque de RAND Europe retenue pour le projet d'ordonnance. C'est le cas du Pérou pour ne citer qu'un exemple. La Suisse est le premier acheteur d'or péruvien, le Pérou étant désormais le cinquième plus grand exportateur d'or au monde. Plusieurs mines de ce pays sont impliquées dans de graves violations des droits humains. Conformément à l'esprit et à l'objectif de la réglementation et sur le modèle du règlement européen sur les minerais de conflit, l'ordonnance doit donc être adaptée de manière à couvrir aussi explicitement les pays qui certes ne sont pas dans une situation de conflit effectif ou qui ne sont pas des États dits défaillants avec des violations systématiques des droits de l'homme à l'échelle nationale, mais dont les gisements de matières premières comprennent des minerais très demandés au niveau local, régional ou mondial, et qui, selon la zone (une approche par zone est requise par définition) peuvent également être associés à d'importantes violations des droits de l'homme ou pollutions environnementales.

### **C. Exception contraire à la loi pour les métaux recyclés**

L'exception pour l'importation et la transformation de métaux recyclés se situe en dehors du champ de la délégation légale ainsi que de la compétence concrète de l'ordonnance. La loi indique seulement que le Conseil fédéral fixe les volumes d'importation en dessous desquels les entreprises sont exemptes. Aucun autre motif d'exclusion n'est prévu. L'exemption du devoir de diligence et de transparence pour les métaux recyclés est contraire à la loi et doit être supprimée purement et simplement. L'abandon de cette disposition est également pertinent dans la pratique. Pensons par exemple aux bijoux recyclés importés en Suisse depuis les Émirats arabes unis ou des destinations similaires.

## 2.1.5 Conclusion : il ne reste plus guère d'entreprises soumises à la réglementation

Le foisonnement excessif des critères d'exclusions exposé ici peut être récapitulé sous la forme d'un entonnoir d'où ne sortirait qu'un filet toujours plus réduit d'entreprises soumises à la législation :

Pour le travail des enfants	Pour les minerais de conflit
1) Limitation aux entreprises dont le siège statutaire se situe en Suisse	
2) Seuil pour les PME	2) Seuil pour volumes d'importation
3) Opt out : grandes entreprises à faibles risques	3) Métaux recyclés
4) Absence de soupçon	4) Pas de zone de conflit ou à haut risque
5) Opt out : citation de réglementations internationales	
 Il ne reste plus guère d'entreprises soumises à la réglementation	

La conclusion est claire : après les diverses restrictions de l'ordonnance, qui sont inadaptées ou contraires à la loi ou au droit international, il ne reste que très peu d'entreprises qui se soumettent volontairement aux obligations légales de diligence et de transparence. Il appartient au Conseil fédéral de démentir cette conclusion. À la fois en apportant les améliorations proposées et en estimant, après les ajustements éventuels, le nombre d'entreprises susceptibles d'être finalement concernées par la législation. Il incombe au Conseil fédéral de procéder à ces estimations sous le titre « Conséquences économiques ». Le principal chiffre qui apparaît jusqu'à présent dans le chapitre sur la question du rapport explicatif est celui relatif au seuil des PME : 1679 entreprises comptent plus de 250 emplois à plein temps. Ce chiffre ne concerne toutefois que le premier seuil pour la diligence en matière de travail des enfants. Le rapport reste muet sur l'élagage considérable du nombre d'entreprises concernées par la multiplicité des portes de sortie supplémentaires, dont il est fait état ici.

## 2.2 Cahier des charges concernant la diligence – lacunaire et incohérent par rapport aux normes internationales référencées

### 2.2.1 Réserves fondamentales

Le devoir de diligence est la raison d'être de l'ensemble de la réglementation sur le travail des enfants et les minerais de conflit, même si sa pertinence dans la pratique est remise en question par le manque de contrôle et la prolifération des critères d'exemption, comme nous l'avons expliqué. Il reste essentiel que les devoirs de diligence introduits pour la première fois dans la législation suisse soient formulés conformément aux normes internationales. Pour l'essentiel, la loi a délégué cette mission importante à l'ordonnance dans un lapidaire art. 964<sup>sexies</sup> CO [nouveau] s'appuyant sur les principes concis de « système de gestion » et de « politique relative à la chaîne d'approvisionnement ». Les objections constitutionnelles quant à cette approche ont déjà été évoquées.

Quatre déficits majeurs apparaissent dans la formulation des devoirs de diligence dans le projet d'ordonnance au regard des normes internationales.

- Premièrement, le cahier des charges en matière de diligence est **incomplet** sur certains points essentiels.
- Deuxièmement, il **contredit** les normes internationales sur des aspects importants.

- Troisièmement, les devoirs de diligence sont présentés de manière statique dans l'ordonnance, c'est-à-dire **uniquement** par des **renvois explicites épars** aux réglementations internationales en constante évolution.
- Quatrièmement, les règles s'inspirent de **réglementations** qui, en raison de leur approche limitée, sont déjà **dépassées** au niveau international.

Les lacunes ainsi identifiées et les exigences d'ajustement qu'elles appellent sont classées par ordre croissant d'importance. Il est nécessaire de procéder à un **remaniement en profondeur du projet d'ordonnance dans le but d'établir, par un renvoi dynamique, un rapprochement systématique avec les réglementations internationales les plus récentes.**

Ceci dit, il est important que l'ordonnance énonce explicitement au moins les principes des devoirs de diligence et ne fonctionne pas exclusivement avec des renvois. Dans ce sens, les lacunes principales sont associées dans ce qui suit à des propositions concrètes portant sur le texte de l'ordonnance ou les commentaires. Cette critique individuelle a dû rester relativement sommaire pour ne pas s'étendre excessivement. Les critiques concernent soit le travail des enfants ou les minerais de conflit ou parfois les deux. Elles sont les suivantes (pour chaque point, se reporter aux explications complémentaires pour les justifications) :

## 2.2.2 Les différentes critiques avec suggestions

### A. Objet incomplet de la diligence – pas de définition légale avec une conception trop limitée du travail des enfants

Clarifier ce que l'on entend par « travail (abusif) des enfants » est utile aussi bien aux personnes concernées qu'aux entreprises et envoie un signal clair. Ce terme doit donc figurer dans le texte de l'ordonnance. Les explications ne sont pas indiquées pour cela. De plus, les explications qui figurent sont, d'une part, difficilement compréhensibles. D'autre part, elles donnent « la priorité » en résumé aux « pires formes de travail des enfants »<sup>9</sup> (comme la traite des enfants ou l'esclavage) au lieu de suivre une définition plus large couvrant d'autres aspects du travail des enfants. En effet, comme le rapport explicatif du projet d'ordonnance le déclare lui-même à juste titre : « Le travail des enfants peut revêtir différentes formes. »<sup>10</sup> D'après la conception unanime de la Convention internationale des droits de l'enfant, l'enfant ne doit « être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social. »<sup>11</sup> De ce point de vue, il convient notamment de préciser clairement dans le texte de l'ordonnance que le travail des moins de 15 ans est interdit dans tous les cas conformément à la convention n° 138 de l'OIT.

### B. Portée réduite du devoir de diligence – seulement les relations commerciales en amont, pas en aval

Conformément aux normes internationales, le devoir de diligence de la chaîne d'approvisionnement (ou plutôt de la chaîne de création de valeur) doit être étendu non seulement aux étapes en amont d'une entreprise (c.-à-d. les fournisseurs, etc.), mais aussi aux étapes en aval (c.-à-d. la clientèle). Le projet d'ordonnance s'est toutefois écarté de cette conception internationalement reconnue, du moins en ce qui concerne le travail des enfants. Selon le libellé, l'expression « proposer des produits ou des services » ne couvre que l'amont, autrement dit l'offre de produits ou de services aux entreprises suisses. L'aval n'est pas couvert, c'est-à-dire la vente par des entreprises suisses de produits ou de services à des acteurs ayant par la suite recours au travail des enfants. Le travail des enfants peut aussi toucher le marché de

<sup>9</sup> Rapport explicatif de l'ordonnance, p. 9.

<sup>10</sup> loc. cit., p. 9.

<sup>11</sup> Art. 32 al. 1 Convention internationale des droits de l'enfant

vente, par ex. lorsqu'un groupe agroalimentaire suisse vend des pesticides qui sont utilisés dans des plantations et qui nuisent à la santé des enfants travaillant dans les champs. On peut facilement imaginer d'autres cas de figure. Pour que ces situations soient aussi couvertes, le terme « chaîne d'approvisionnement », utilisé dans l'ordonnance, doit être remplacé pour être conforme au droit international.

### **C. Ambiguïté de l'étendue de la diligence – clarification nécessaire en faveur d'une étendue suffisante pour les chaînes de création de valeur à plusieurs niveaux**

Selon les Principes directeurs des Nations unies et les directives de l'OCDE référencées dans le contre-projet, le devoir de diligence doit en principe couvrir toute la chaîne de création de valeur, soit toutes les relations commerciales. Cela signifie que toutes les relations commerciales envers les fournisseurs de produits ou les prestataires de services doivent être soumises à une diligence raisonnable. La vérification par les entreprises se limite, dans une approche proportionnée, aux impacts directement liés à l'activité commerciale, aux produits ou aux services de l'entreprise (directly linked). Les risques qui ne sont pas directement liés à l'activité commerciale de l'entreprise sont de ce fait exclus de l'obligation de vérification. En outre, l'approche fondée sur les risques qui est prévue est un facteur de restriction supplémentaire : la diligence exigée s'appuie sur les conséquences les plus graves de l'activité de l'entreprise sur l'être humain et l'environnement. En revanche, une obligation de vérification qui ne se limiterait qu'au premier niveau (first tier) de la chaîne d'approvisionnement ou de création de valeur serait largement insuffisante en réalité, car les problèmes surviennent souvent avant tout aux plus bas niveaux. Pour prendre une image, le travail des enfants par exemple a lieu principalement dans la plantation de café, de sorte qu'un devoir de diligence se limitant au niveau du grossiste pour le café torréfié n'aurait pas de sens.

Cette conception de base des relations commerciales à contrôler doit être clarifiée dans les définitions de l'ordonnance. Le projet d'ordonnance a toutefois omis de le faire. Il a ainsi créé des problèmes sur différents aspects réglementaires qui auraient pu être évités en clarifiant, comme dit plus haut, les relations commerciales à vérifier conformément au droit international : par exemple pour savoir jusqu'où doit aller la vérification des entreprises ne présentant que de « faibles risques » pour les exempter du devoir de diligence. Comme nous l'avons expliqué plus haut, la vérification de la provenance (mention *made in*) ancrée dans le projet d'ordonnance aurait pour conséquence que les domaines qui présentent des risques ne retiennent même pas l'attention de l'entreprise, le règlement deviendrait alors largement inopérant. Ce problème aurait pu être évité en appliquant aux relations commerciales à vérifier la terminologie conforme au droit international. Enfin, cela permettrait aussi de clarifier la formulation trompeuse de la « chaîne d'approvisionnement » en matière de minerais de conflit. Le terme figurant dans l'ordonnance de « responsabilité » des minerais de conflit – compris comme la possession ou la détention – apparaît trop restrictif. Les processus non physiques comme le commerce (de transit) éminemment important pour le secteur suisse des matières premières doivent aussi être explicitement couverts par la réglementation et constituer ainsi des relations commerciales soumises à un devoir de diligence. Cette clarification va également dans le sens de la proposition de la coalition pour une conception suffisamment large des relations commerciales concernées par les vérifications.

### **D. Ambiguïté du degré d'obligation – « devoir d'effort » plutôt que « devoir d'agir »**

Le rapport explicatif du projet d'ordonnance introduit la qualification supplémentaire du « devoir d'effort » en ce qui concerne le degré d'obligation du devoir de diligence. Ce terme est étranger au droit suisse dans le contexte qui nous occupe des processus de due diligence et de la compliance des entreprises. Notre ordre juridique distingue habituellement le « devoir

d'agir » du « devoir de réussite ». La communauté internationale aussi utilise des termes comparables en matière de Business & Human Rights. Elle assigne à la « mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD) » des devoirs d'agir et non des devoirs de réussite, même si, à certains égards, des voix isolées sous-entendent même un devoir de réussite. En tout cas, les Principes directeurs des Nations unies et les directives de l'OCDE exigent au minimum d'agir de manière proportionnée pour identifier les risques réels et potentiels, éviter autant que possible l'apparition du risque et, dans le cas contraire, prendre les mesures correctives nécessaires (par la minimisation et la réparation). Plutôt qu'une tolérance zéro, l'action se traduit par une amélioration continue. Il est question d'un devoir d'agir pour œuvrer dans une certaine direction.

On peine à comprendre pourquoi le projet d'ordonnance renonce consciemment ou inconsciemment au terme pertinent de « devoir d'agir » pour décrire ces obligations et évoque à la place un « devoir d'effort ». Par cette création terminologique, il donne l'impression de créer entre le devoir de transparence et le devoir d'agir une catégorie intermédiaire d'obligation atténuée et de vouloir y ranger le devoir de diligence. Il convient donc de clarifier ce point et de parler systématiquement de « devoir d'agir » en lieu et place d'un « devoir d'effort ».

### **E. Mécanismes de réparation et de plainte internes aux entreprises – passage dénué de substance**

L'efficacité des processus internes de plainte et de réparation des entreprises et la diligence raisonnable sont interdépendantes pour concrétiser la responsabilité sociale des entreprises et leur devoir de diligence. En outre, ils constituent le complément nécessaire aux incontournables mécanismes d'application étatiques.

Les Principes directeurs des Nations unies ainsi que les directives de l'OCDE référencées dans le contre-projet et le guide de l'OCDE s'expriment clairement sur l'importance de ces mesures correctives et établissent des critères : même avec les meilleures politiques et procédures, une entreprise individuelle peut toujours avoir un impact négatif sur les droits de l'homme ou y contribuer. Si elle constate l'existence d'une telle situation, sa responsabilité en matière de respect des droits humains exige qu'elle s'efforce activement d'apporter réparation, seule ou en coopération avec d'autres acteurs. Les mécanismes de plainte au niveau opérationnel sont un moyen efficace pour permettre la réparation à condition qu'ils remplissent certains critères clés : la légitimité, l'accessibilité, la prévisibilité, l'impartialité, la transparence et l'ouverture au dialogue.

En accord avec les conclusions du Parlement européen, il est question de besoins très concrets et essentiels tels que la réparation en cas de violations massives et généralisées : par exemple, dans le cas des problèmes partiellement abordés ici, le travail des enfants ou les dégâts liés aux minéraux de conflit.

De tels mécanismes sont particulièrement nécessaires dans le contre-projet, car contrairement à la loi-modèle néerlandaise sur la diligence en matière de travail des enfants, il ne s'accompagne d'aucune application ou sanction par l'État du devoir de diligence, que ce soit par voie judiciaire ou extrajudiciaire.

Le projet d'ordonnance reconnaît cette nécessité en principe, mais les dispositions telles qu'elles sont conçues sont bien trop vagues pour être efficaces. En particulier, elles ne satisfont pas les critères clés exigés par les normes internationales. Le projet d'ordonnance se contente de constater laconiquement : « [l'entreprise] veille à permettre à toute personne intéressée de faire part de ses préoccupations concernant le travail des enfants [ou les minerais de conflit] dans la chaîne d'approvisionnement. » C'est beaucoup trop peu. Sur la base des normes internationales susmentionnées, il ne s'agit pas simplement de recueillir d'éventuelles

préoccupations. Les entreprises ont au contraire le devoir d'agir pour mettre en place activement un mécanisme fonctionnel et ainsi voulu par le législateur, qui fournit des solutions et, à défaut, met à disposition des procédures de plaintes. De ce point de vue, les approches figurant dans les explications de l'ordonnance apparaissent comme arbitraires et ne s'intègrent dans aucun cadre global structuré : où les personnes concernées doivent-elles s'adresser ? Comment une entreprise doit-elle procéder concrètement si une telle information lui parvient ? Quel est le rôle des parties prenantes, comment les organisations locales de la société civile ou les syndicats par exemple sont-ils impliqués ? Comment garantir que le processus d'aide ou de plainte remplisse les critères clés mentionnés ci-dessus ? Etc. Le projet d'ordonnance ne donne aucun repère pour répondre à toutes ces interrogations, ce que la NZZ a mis en avant comme l'une des nombreuses différences par rapport, par exemple, à la loi allemande sur les chaînes d'approvisionnement plus concrète et plus contraignante.<sup>12</sup> L'entreprise doit répondre à ces questions aussi. Mais pour cela, elle a besoin d'une orientation concrète de l'État, c'est-à-dire au niveau de l'ordonnance. Il existe dans la communauté internationale suffisamment de réglementations de références pour offrir des suggestions : la proposition de directive conforme à la résolution du Parlement européen, en application des exigences internationales, présente un intérêt particulier puisqu'elle est coulée dans le moule juridique. Au niveau national, il y a la loi allemande sur les chaînes d'approvisionnement qui vient d'être adoptée.

### **3 Conclusion : une loi faible assortie d'un projet d'ordonnance encore plus faible**

L'analyse de la coalition derrière l'initiative pour des multinationales responsables ne permet de tirer qu'une seule conclusion : une loi très faible entraîne une ordonnance doublement faible. Et ce, alors que le vent en Europe et dans le monde souffle dans le sens contraire, vers une réglementation plus contraignante de la responsabilité des entreprises. Cette divergence entre l'ambition affichée du projet de suivre le rythme international et la réalité d'un projet non seulement dépassé par rapport à l'étranger mais surtout inefficace est pour la coalition une raison de plus de poursuivre ses efforts afin de travailler de manière fondamentalement différente à une responsabilité des entreprises plus moderne.

---

<sup>12</sup> Die Schweiz kann bald in Zugzwang kommen, [NZZ](#) du 6.5.2020.