

# «Entreprises responsables»: limitations et perspectives

DAMIANO CANAPA<sup>\*</sup>/EVELYNE SCHMID<sup>\*\*</sup>/ELENA CIMA<sup>\*\*\*</sup>

Mots-clés: gouvernement d'entreprise, droits humains, transparence, diligence, rapports non financiers, Business and Human Rights

## A. Introduction

Depuis le début des années 1980, une augmentation constante des investissements directs à l'étranger est constatée<sup>1</sup>. Le nombre d'entreprises multinationales n'a cessé de croître, tout comme leur influence dans l'économie globalisée. Ce phénomène a eu des effets notables en Suisse, car de nombreuses multinationales y ont leur siège, certaines étant actives dans le secteur du commerce international de matières premières<sup>2</sup>. Le Conseil fédéral [CF] a reconnu, en 2014, qu'en tant que «siège de nombreuses entreprises internationales, la Suisse assume une grande responsabilité en matière de respect des droits de

---

\* Prof. Damiano Canapa, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale), professeur associé de droit des sociétés à l'Université de Lausanne et directeur du CEDIDAC.

\*\* Prof. Evelyne Schmid, professeure associée de droit international public à l'Université de Lausanne.

\*\*\* Dr. Elena Cima, LL.M. (Yale), maître assistante et chargée de cours à la faculté de droit et à l'Institut de Gouvernance de l'Environnement et Développement Territorial de l'Université de Genève.

sincèrement la Professeure Ariane Morin et le Professeur Andrea Bonomi pour leur relecture critique de certaines parties de l'article ainsi que Mesdames Marine Antonoff, MLaw, assistante diplômée, pour sa relecture et son aide précieuse dans la finalisation du manuscrit, et Constance Kaempfer, MLaw, assistante diplômée et avocate, et Monsieur Arthur Grisoni, MLaw, pour leur relecture de cette contribution.

1 Suivant la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, la part relative de ces investissements dans le produit intérieur brut se montait à 10% en 1990 contre 27% en 2005, cf. NATIONS UNIES, conférence sur le commerce et le développement, rapport 2012, p. 5 ss. En outre, le volume des capitaux suisses investis à l'étranger a triplé depuis 2000, cf. Secrétariat d'État à l'économie, Importance des investissements étrangers pour l'économie suisse, <[https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik\\_Wirtschaftliche\\_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Internationale\\_Investitionen/Auslandsinvestitionen/Volkswirtschaftliche\\_Bedeutung\\_Auslandinvestitionen\\_Schweiz.html](https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Internationale_Investitionen/Auslandsinvestitionen/Volkswirtschaftliche_Bedeutung_Auslandinvestitionen_Schweiz.html)> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

2 Pour un aperçu, cf. EVELYNE SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives: La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des «entreprises et des droits humains?» Pratique Juridique Actuelle, 2017/8, p. 930 ss, p. 933.

l'homme et de protection de l'environnement»<sup>3</sup>. Dans cette mesure, les accusations portées contre des entreprises suisses en lien avec la vente de carburants toxiques, le travail des enfants, la pollution de rivières, l'utilisation de pesticides nocifs par des agriculteurs à l'étranger, ou encore l'extraction de minéraux de mines dangereuses sont particulièrement problématiques<sup>4</sup>.

Le débat récent a été porté sur le devant de la scène par l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement» qui proposait l'introduction d'un art. 101a P-Cst.<sup>5</sup>, et à laquelle le Conseil national [CN] puis le Conseil des États [CE] ont chacun opposé un contre-projet indirect distinct<sup>6</sup>. Le contre-projet avorté du CN reprenait plusieurs revendications du comité d'initiative, telle que la mise en place d'un devoir de diligence qui aurait obligé les entreprises à prendre des mesures en vue de garantir le respect des droits humains et de l'environnement, en Suisse et à l'étranger. Les entreprises contrôlées par une entreprise suisse, mais sises à l'étranger, auraient aussi été visées. En cas de violation du devoir de diligence, la responsabilité civile de l'entreprise aurait été engagée<sup>7</sup>. En juin 2020, dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme [SA]<sup>8</sup> et au terme d'une conférence de conciliation, les Chambres fédérales ont toutefois plébiscité une variante moins

- 
- 3 CF. Rapport de droit comparé: *Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger*, 2 mai 2014, <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2014/2014-05-28.html>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021], p. 2.
  - 4 Pour un aperçu, cf. p.ex. ce dossier dans le journal *Le Temps*, «Multinationales responsables», vif débat, dossier disponible sur <<https://www.letemps.ch/dossiers/multinationales-responsables-vif-debat>>, [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].
  - 5 FF 2017 5999. Cette initiative avait été lancée suite au rejet par le CF, en mars 2015, de la motion (14.3671) *Mise en œuvre du rapport de droit comparé du CF sur la responsabilité des entreprises en matière de droits humains et d'environnement* de la Commission de politique extérieure du CN. Cette motion demandait l'introduction d'«une obligation de diligence en matière de droits humains et d'environnement», <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20143671>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021], s'inscrivant dans le cadre des Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: mise en œuvre du cadre de référence «protéger, respecter et réparer» des Nations Unies [Principes directeurs de l'ONU], A/HRC/17/31 <[https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_FR.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf)> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]. Sur ces considérations en général, cf. SCHMID (note 2), p. 934 s.
  - 6 Pour le CN: Décision du Conseil national du 14 juin 2018, disponible sur <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/NS2-9%20F.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]. Pour le contre-projet du CE, cf. Texte pour le vote final, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Texte%20pour%20le%20vote%20final%202%20NS%20F.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].
  - 7 Commission des affaires juridiques [CAJ]-CN, Rapport complémentaire du 18 mai 2018 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, p. 2 ss.
  - 8 Objet 16.077 CO. Droit de la société anonyme. Projet 2 <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefit?AffairId=20160077>>.

ambitieuse<sup>9</sup> imaginée par le CE et soutenue par la conseillère fédérale en charge du Département fédéral de justice et police<sup>10</sup>. Cette variante entrera en vigueur prochainement, une majorité de cantons ayant rejeté l'initiative le 29 novembre 2020<sup>11</sup> et le référendum n'ayant pas été demandé<sup>12</sup>. Contrairement au contre-projet indirect du CN, celui du CE ne prévoit pas de devoir de diligence incluant la protection de tous les droits humains pertinents et de l'environnement ni de régime de responsabilité civile pour les actes commis par des entreprises sises à l'étranger qui seraient contrôlées par des entreprises suisses.

La nouvelle réglementation comprend des dispositions concernant (1) la transparence sur les questions non financières (art. 964a-964c nCO) et (2) des 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 (art. 964j-964l nCO)<sup>13</sup>. Ces dispositions complètent les dispositions réglementant la transparence du secteur des matières premières (art. 964d ss nCO), introduites par la révision du droit de la SA du 19 juin 2020. Une disposition pénale (art. 325<sup>er</sup> nCP) parfait l'édifice. Le 14 avril 2021, le CF a mis en consultation l'avant-projet d'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants (AP-ODiTr)<sup>14</sup>, qui met en œuvre les normes de délégation contenues aux art. 964l ss nCO; la procédure de consultation a pris fin le 14 juillet 2021<sup>15</sup>.

Cette contribution analyse et critique les principaux aspects de la nouvelle réglementation et discute, lorsque cela est pertinent, des améliorations envisageables. Une attention particulière est apportée aux seuils à partir desquels

- 
- 9 Dans ce sens, Office fédéral de la justice [OFJ], *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*, Berne 19 novembre 2019, p. 6.
  - 10 Sur cet historique, cf. <<https://www.skmr.ch/frz/domaines/economie/nouvelles/imr-contre-projet.html>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021] et Neue Zürcher Zeitung, Keller-Sutter beginnt erst in der zweiten Halbzeit: Die Justizministerin wirbt für ihren Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, 7 octobre 2020, p. 8.
  - 11 Rejet par 14 1/2 cantons alors que la majorité du peuple (50.73%) s'était prononcée en faveur de l'initiative, cf. <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themes/abstimmungen/entreprises-responsables.html>>.
  - 12 Le délai référendaire a échoué le 5 août 2021 sans être utilisé.
  - 13 Les art. 964<sup>bis</sup>, 964<sup>quater</sup> et 964<sup>quinquies</sup>, 964<sup>septies</sup> nCO deviendront les art. 964a-964c et 964j-964l nCO au moment de l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2020 du droit de la société anonyme; les dispositions sont indiquées dans la teneur qu'elles auront à ce moment-là, cf. Code des obligations (Contre-projet indirect à l'initiative populaire *Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement*), Modification du 19 juin 2020, III Coordination avec la modification du 19 juin 2020 du code des obligations (Droit de la société anonyme), FF 2021 890.
  - 14 Cf. CF, Mieux protéger l'être humain et l'environnement: le Conseil fédéral ouvre la consultation sur de nouvelles dispositions, Berne 14.4.2021 disponible sur <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-83087.html>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].
  - 15 <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-83087.html>>.

les entreprises sont soumises à la nouvelle réglementation (B.), à l'étendue des nouveaux devoirs de transparence et de diligence (C.) et aux sanctions encourues en cas de violation des obligations (dans le sens de devoir juridique [*«Verpflichtung»*<sup>16</sup>]), en tenant compte des développements internationaux qui pourraient réduire la portée de la réglementation (D.). Les contours que le débat juridique pourrait prendre à l'avenir sont anticipés en tenant compte des lacunes du contre-projet et des évolutions législatives récentes en matière de responsabilité sociale des entreprises au sein de l'Union européenne [UE]. Les options législatives les plus prometteuses concernent l'étendue des devoirs de diligence, qui pourrait s'accompagner d'une modification de la Loi fédérale sur le droit international privé [LDIP], et l'introduction d'une responsabilité civile pour certains actes d'entreprises contrôlées par des entreprises suisses.

## B. Seuils applicables (champ d'application personnel)

Cette section examine les seuils à partir desquels les entreprises sont soumises au devoir de transparence sur les questions non financières et à celui de transparence et de diligence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants. Ces seuils sont définis par la loi et par l'ordonnance d'application.

### I. Seuils prévus par la nouvelle réglementation

L'art. 964a al. 1 nCO soumet certaines entreprises à l'obligation de rédiger annuellement un rapport sur les questions non financières. Suivant l'énoncé de l'art. 964a al. 1 nCO, sont soumises à cette obligation les sociétés d'intérêt public au sens de l'art. 2 let. c LSR (ch. 1)<sup>17</sup> qui, durant deux exercices consécutifs, ont un effectif supérieur à 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle (ch. 2) et qui, de plus, présentent un bilan – soit la somme des postes figurant à l'actif du bilan<sup>18</sup> – supérieur à CHF 20 millions ou un chiffre d'affaires net<sup>19</sup> supérieur à CHF 40 millions (ch. 3). Les valeurs-seuils des ch. 2 et 3 de l'art. 964a al. 1 nCO peuvent être atteintes par une entreprise seule ou «conjointement avec

16 Cf. la version allemande de l'art. 964a nCO: «Von dieser Pflicht befreit sind Unternehmen, die von einem anderen Unternehmen kontrolliert werden» (italique ajouté).

17 RS 221.302. Sur ce concept, cf. CF, 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) du 14.04.2021 [Rapport explicatif AP-ODiTr], p. 3.

18 HENRY PETER/EMMANUEL GENEQUAND/FRANCESCA CAVADINI, in: Pierre Tercier/Marc Amstutz/Rita Trigo Trindade, Code des obligations II, Art. 530-1186 CO, Art. 120-141 LIMF, ORAb, Avec des introductions à la LFus et la LTI, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2017, art. 727 CO N 24 (cité CR CO II-AUTEUR-E).

19 CR CO II-PETER/GENEQUAND/CAVADINI, art. 727 CO N 24a.

une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères» contrôlées<sup>20</sup>. L'existence d'un rapport de contrôle dépend des «rapports effectifs». Une entreprise peut être contrôlée en droit, par le biais d'un lien juridique, ce qui renvoie à la notion de groupe de sociétés<sup>21</sup>, ou en fait, en raison d'un rapport de dépendance économique<sup>22</sup>.

Sont libérées de l'obligation les entreprises qui sont contrôlées par une entreprise soumise à l'obligation de rédiger un rapport et celles qui doivent établir un rapport équivalent en vertu du droit étranger (art. 964a al. 2 ch. 1 et 2 nCO)<sup>23</sup>.

L'art. 964j al. 1 nCO impose le respect des devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement<sup>24</sup> et une obligation de rapport pour les entreprises qui opèrent dans deux «secteurs»: (1) la mise en circulation en Suisse ou le 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 et à haut risque (ch. 1)<sup>25</sup> ou (2) l'offre de biens ou de services pour lesquels le recours au travail des enfants est suspecté (ch. 2; le soupçon doit être «fondé»)<sup>26</sup>.

Suivant l'art. 964j al. 2 nCO, le CF a défini à l'annexe de l'AP-ODiTr les volumes annuels de mise en circulation et de traitement de minerais et de métaux jusqu'auxquels les entreprises sont exemptées des obligations de l'art. 964j al. 1 nCO. Ces volumes correspondent aux seuils qui sont définis dans le règlement 2017/821/UE<sup>27</sup>. Une exception aux devoirs de diligence et à l'obligation de

20 Sur la notion d'entreprise, cf. art. 2 let a ORC; CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 7; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12<sup>e</sup> éd., Berne 2018, § 4 N 42 ss.

21 Sur cette notion, cf. CF Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du Code des obligations, FF 2008 1047, p. 1543; PETER V. KUNZ, *Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz*, 2016, p. 11 ss., 26 ss, 49 & 55.

22 Sur cette notion, cf. ROLAND VON BÜREN, *Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, p. 78 ss; KUNZ, (note 21), N 17 ss. Cf. aussi, en droit comparé, CEES VAN DAM, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, *Journal of European tort law* 2011 2/3, p. 247 ss.

23 Ce dernier cas concerne par exemple les entreprises ayant leur siège dans l'UE, qui doivent rendre compte en vertu de la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

24 La chaîne d'approvisionnement fait référence aux activités des opérateurs «qui détiennent les minerais et les métaux et qui interviennent dans leur transport et leur transformation depuis le site d'extraction jusqu'à leur incorporation dans le produit fini», cf. OFJ (note 9), p. 17.

25 L'avant-projet d'ordonnance définit les «zones de conflit et à haut risque» à l'article 1: «zones en situation de conflit armé ou les zones fragiles à l'issue d'un conflit, ainsi que les zones caractérisées par une gouvernance et une sécurité déficientes, voire inexistantes, telle qu'un État défaillant, et par des violations courantes et systématiques du droit international, y compris des atteintes aux droits de l'homme». AP-ODiTr, Art. 1(e). Cf. OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque [Guide]*, 3<sup>e</sup> éd., Éditions OCDE, Paris, 2016, p. 13.

26 AP-ODiTr, Art. 1(f).

27 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, L 130/1.

une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères» contrôlées<sup>20</sup>. L'existence d'un rapport de contrôle dépend des «rapports effectifs». Une entreprise peut être contrôlée en droit, par le biais d'un lien juridique, ce qui renvoie à la notion de groupe de sociétés<sup>21</sup>, ou en fait, en raison d'un rapport de dépendance économique<sup>22</sup>.

Sont libérées de l'obligation les entreprises qui sont contrôlées par une entreprise soumise à l'obligation de rédiger un rapport et celles qui doivent établir un rapport équivalent en vertu du droit étranger (art. 964a al. 2 ch. 1 et 2 nCO)<sup>23</sup>.

L'art. 964j al. 1 nCO impose le respect des devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement<sup>24</sup> et une obligation de rapport pour les entreprises qui opèrent dans deux «secteurs»: (1) la mise en circulation en Suisse ou le 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 et à haut risque (ch. 1)<sup>25</sup> ou (2) l'offre de biens ou de services pour lesquels le recours au travail des enfants est suspecté (ch. 2; le soupçon doit être «fondé»)<sup>26</sup>.

Suivant l'art. 964j al. 2 nCO, le CF a défini à l'annexe de l'AP-ODiTr les volumes annuels de mise en circulation et de traitement de minerais et de métaux jusqu'auxquels les entreprises sont exemptées des obligations de l'art. 964j al. 1 nCO. Ces volumes correspondent aux seuils qui sont définis dans le règlement 2017/821/UE<sup>27</sup>. Une exception aux devoirs de diligence et à l'obligation de

20 Sur la notion d'entreprise, cf. art. 2 let a ORC; CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 7; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12<sup>e</sup> éd., Berne 2018, § 4 N 42 ss.

21 Sur cette notion, cf. CF Message du 21 décembre 2007 concernant la révision du Code des obligations, FF 2008 1047, p. 1543; PETER V. KUNZ, *Grundlagen zum Konzernrecht in der Schweiz*, 2016, p. 11 ss., 26 ss, 49 & 55.

22 Sur cette notion, cf. ROLAND VON BÜREN, *Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, p. 78 ss; KUNZ, (note 21), N 17 ss. Cf. aussi, en droit comparé, CEES VAN DAM, *Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights*, *Journal of European tort law* 2011 2/3, p. 247 ss.

23 Ce dernier cas concerne par exemple les entreprises ayant leur siège dans l'UE, qui doivent rendre compte en vertu de la directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014.

24 La chaîne d'approvisionnement fait référence aux activités des opérateurs «qui détiennent les minerais et les métaux et qui interviennent dans leur transport et leur transformation depuis le site d'extraction jusqu'à leur incorporation dans le produit fini», cf. OFJ (note 9), p. 17.

25 L'avant-projet d'ordonnance définit les «zones de conflit et à haut risque» à l'article 1: «zones en situation de conflit armé ou les zones fragiles à l'issue d'un conflit, ainsi que les zones caractérisées par une gouvernance et une sécurité déficientes, voire inexistantes, telle qu'un État défaillant, et par des violations courantes et systématiques du droit international, y compris des atteintes aux droits de l'homme». AP-ODiTr, Art. 1(e). Cf. OCDE, *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque* [Guide], 3<sup>e</sup> éd., Éditions OCDE, Paris, 2016, p. 13.

26 AP-ODiTr, Art. 1(f).

27 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, L 130/1.

faire rapport de l'art. 964j nCO est par ailleurs prévue en matière d'importation et de transformation de métaux recyclés, à condition que l'entreprise puisse démontrer leur provenance (art. 3 AP-ODiTr)<sup>28</sup>.

Le CF a aussi concrétisé les exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine du travail des enfants (art. 964j al. 3 nCO) en instaurant une analyse en trois étapes. (1) Sont exemptées les entreprises qui n'atteignent pas les valeurs-seuils de l'art. 4 AP-ODiTr; ces valeurs correspondent à celles de l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO, qui déterminent si une entreprise est soumise au contrôle ordinaire ou au contrôle restreint<sup>29</sup>. (2) En cas de dépassement des valeurs, les entreprises sont exemptées si elles se procurent des biens ou des services dans des pays qui présentent des risques faibles de travail des enfants (art. 5 AP-ODiTr), suivant le *Children's Rights in the Workplace Index* de l'UNICEF (art. 5 ODiTr)<sup>30</sup>. (3) Enfin, si le pays d'origine d'un bien ou service présente des risques moyens ou élevés, les entreprises examinent s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants pour celui-ci, conformément à l'art. 964j al. 1 ch. 2 nCO; dans l'affirmative, l'entreprise doit se conformer aux obligations des art. 964j ss nCO<sup>31</sup>.

En application de l'art. 964j al. 4 nCO, le CF a aussi choisi d'exempter des devoirs de diligence et de rapport les entreprises qui respectent certaines réglementations internationalement reconnues et équivalentes. Les renvois aux réglementations topiques, qui sont énoncées à l'art. 6 AP-ODiTr, sont statiques selon le CF; cela signifie qu'ils «se réfèrent exclusivement à la version spécifiée dans l'ordonnance avec une date précise»<sup>32</sup>.

Enfin, le CF a choisi d'exempter de l'établissement du rapport annuel sur la mise en œuvre des devoirs de diligence prévu par l'art. 964l nCO les entreprises contrôlées par une entité tenue à une obligation de rapport (art. 14 AP-ODiTr).

## II. Lacunes de la réglementation en lien avec les seuils et le champ d'application personnel

La portée de la réglementation du contre-projet indirect est limitée. D'une part, l'obligation de rédiger un rapport sur les questions non financières ne concerne que les sociétés d'intérêt public et les grands instituts financiers: le législateur a fait le choix, dans le cadre de l'art. 964a nCO, de valeurs-seuils plus élevées qu'à l'art. 727 al. 1 ch. 2 CO, qui détermine si une société est soumise au

28 La notion de «métaux recyclés» est définie à l'art. 3 al. 2 AP-ODiTr.

29 Dépassement de deux des trois valeurs suivantes: bilan supérieur à CHF 20 millions; chiffre d'affaires supérieur à CHF 40 millions; effectif supérieur à 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle.

30 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 13.

31 Sur les trois étapes en général, CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 11 ss.

32 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 14.

contrôle ordinaire ou au contrôle restreint<sup>33</sup>. Des seuils élevés ont pour conséquence que le nombre d'entreprises soumis à l'obligation est réduit.

D'autre part, la portée des devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants est très fortement restreinte par la manière dont le CF a mis en œuvre les art. 964j ss nCO.

- Le CF a fait le choix de limiter l'examen des conditions dans le pays de production uniquement, «selon l'indication d'origine [*made in*]» (art. 5 al. 1 AP-ODiTr); selon le CF, «une entreprise ne peut guère réaliser un tel examen sans fournir un effort disproportionné»<sup>34</sup>. Cette interprétation ne ressort cependant pas de la loi, puisque l'art. 964j al. 1 nCO indique que les obligations prévues s'étendent à toute la chaîne d'approvisionnement<sup>35</sup>.
- La loi ne contient aucune indication selon laquelle un rapport au sens de l'art. 964l nCO pourrait être établi sous la forme consolidée et remplacer ainsi les rapports individuels des entreprises d'un groupe. Contrairement à l'art. 964a al. 2 nCO, qui libère de l'obligation de rédiger un rapport sur les questions non financières les entreprises contrôlées par une entreprise tenue d'établir un tel rapport en vertu du droit suisse ou du droit étranger, une telle possibilité ne figure pas aux art. 964j ss s'agissant du rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence.

La situation diffère donc très largement de celle qui aurait prévalu en cas d'acceptation de l'art. 101a P Cst., puisque seules les PME qui ne sont pas actives dans des domaines présentant des risques pour les droits humains ou pour l'environnement auraient alors été exclues du champ d'application de la norme<sup>36</sup>. Cela aurait correspondu au contenu des Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits humains (Principes directeurs de l'ONU) et des principes directeurs pour les entreprises multinationales de l'Organisation de coopération et de développement économique (Principes directeurs de l'OCDE), aux termes desquels il faut tenir compte, lors de l'évaluation du risque pour le respect des droits humains et de l'environnement, non seulement de la taille d'une entreprise, mais aussi de la nature de ses activités<sup>37</sup>.

33 Cf. note 29. La réglementation du contre-projet ne s'applique qu'à partir de 500 emplois à plein temps.

34 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 13.

35 Contrairement à l'obligation de *reporting* non financier, qui ne contient que les informations se rapportant à l'entreprise rédigeant le rapport et aux entreprises par elle contrôlées.

36 CF, Message Entreprises responsables, FF 2017 6026.

37 Cf. Principes directeurs de l'ONU (note 5); Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales [Principes OCDE], éd. OCDE 2011, <<https://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/2011102-fr.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021], § 6; Principe généraux, commentaire, § 5.

## C. Étendue des devoirs

Le deuxième aspect méritant une analyse approfondie est l'étendue des deux nouveaux devoirs prévus par la nouvelle réglementation: le devoir de transparence sur certaines questions non financières et le devoir de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants. Après avoir décrit la nouvelle réglementation et souligné ses lacunes, cette section explore les options législatives les plus prometteuses afin d'élargir la portée des devoirs de diligence.

### I. Les devoirs introduits par la nouvelle réglementation

#### 1. *Devoir de transparence sur certaines questions non financières*

La communication, par les entreprises, d'informations sur les impacts social et environnemental de leurs activités a pour but d'accroître la *transparence* de l'impact qu'une entreprise a sur la société. En fait, cette communication peut permettre l'évaluation et la gestion des risques en matière de durabilité et fournir aux investisseurs, aux consommateurs et à la population concernée un accès facilité aux informations précitées, ce qui peut accroître leur confiance<sup>38</sup>.

L'obligation de l'art. 964a nCO est inspirée de la Directive européenne 2014/95/UE sur la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité<sup>39</sup>. Cette directive, qui est en cours de révision<sup>40</sup>, reconnaît que la transparence en matière non financière est fondamentale pour gérer la transition vers une économie mondiale durable, en combinant rentabilité, justice sociale et protection de l'environnement<sup>41</sup>.

L'art. 964b al. 1 nCO dispose que les entreprises soumises à l'obligation de rapport doivent établir une déclaration non financière qui rende compte des «questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO<sub>2</sub>, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption<sup>42</sup>». Ces informations doivent couvrir d'éventuelles entreprises contrôlées en Suisse et à l'étranger (art. 964b al. 4 nCO). Le libellé de cette liste est assez général en comparaison avec d'autres textes. Cependant, la Directive 2014/95/UE précise le contenu de chacun de

38 Directive 2014/95/UE, § 3.

39 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, *OJ L 330*, 15.11.2014, p. 1–9. Cf. OFJ (note 9), sur l'influence de la directive sur le droit suisse.

40 Cf. *infra* D.IV.

41 Directive 2014/95/UE, § 3.

42 Art. 964b al. 1 nCO.

ces éléments et, dans la mesure où l'art. 964*b* nCO s'en inspire<sup>43</sup>, donne une première indication de ce qui est attendu du rapport d'une entreprise.

En lien avec les questions environnementales, l'art. 964*b* al. 1 nCO mentionne uniquement «les objectifs en matière de CO<sub>2</sub>». Cet élément ne constitue qu'un exemple et le rapport devrait également inclure des informations sur l'utilisation d'énergies renouvelables, sur l'utilisation de l'eau, sur la pollution de l'air, et sur les impacts actuels et prévisibles sur l'environnement des activités de l'entreprise<sup>44</sup>. De la même manière, les informations relatives aux questions sociales et de personnel devant figurer dans le rapport touchent à de nombreux domaines, comme le précise la Directive 2014/95/UE<sup>45</sup>. Le rapport sur les questions non financières devrait aussi aborder les mesures prises afin de garantir le respect des droits humains et d'éviter leur violation. Sont déterminants les droits humains internationalement reconnus, tels que formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (DUDH) et dans les deux Pactes de l'ONU<sup>46</sup>. Enfin, les entreprises devraient préciser dans leur rapport «les activités visant à combattre les actions susceptibles d'être sanctionnées par la législation pénale suisse en matière de corruption<sup>47</sup>».

L'art. 964*b* al. 2 nCO établit des exigences minimales sur l'étendue des informations devant être disponibles, dans le but de garantir la présentation d'une image complète et fidèle des risques, des politiques et des résultats de l'entreprise. Le rapport doit décrire le modèle commercial de l'entreprise (ch. 1), l'approche globale appliquée aux questions non financières (ch. 2), les mesures de diligence raisonnable prises et leur efficacité (ch. 3), les principaux risques liés aux questions non financières et la manière dont ils sont gérés par l'entreprise (ch. 4), ainsi que des indicateurs-clés de performance appliqués dans les domaines concernés par l'al. 1 (ch. 5). L'art. 964*b* al. 2 ch. 4 nCO précise que les risques déterminants pour le rapport sont ceux découlant de l'activité propre de l'entreprise et ceux liés à ses services, produits, ou relations d'affaires, «lorsque cela s'avère pertinent et proportionné<sup>48</sup>».

Les informations fournies doivent être suffisamment claires et exhaustives pour permettre la compréhension du développement de l'activité de l'entreprise, de ses performances et de son positionnement, ainsi que l'impact des ac-

43 Cf. (note 39).

44 Directive 2014/95/UE, § 7.

45 Elles se rapportent à des éléments tels que «les mesures prises pour garantir l'égalité hommes-femmes, la mise en œuvre des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail, les conditions de travail, le dialogue social, le respect du droit des travailleurs à être informés et consultés, le respect des droits syndicaux, la santé et la sécurité sur le lieu de travail, [et] le dialogue avec les communautés locales». Directive 2014/95/UE, § 7.

46 Déclaration universelle des Droits de l'Homme, res. 217A (III), 10 décembre 1948. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I, RS 0.103.1) et Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2).

47 OFJ (note 9), p. 10.

48 Art. 964*b* al. 2 ch. 4 nCO.

tivités de l'entreprise sur toutes les questions non financières formulées à l'art. 964b al. 1 nCO<sup>49</sup>. Si une entreprise décide de ne pas aborder certains thèmes mentionnés à l'al. 1, elle doit fournir une explication claire et motivée des raisons justifiant cette lacune (*comply or explain*, art. 964b al. 5 nCO)<sup>50</sup>.

Les entreprises peuvent, à choix, rédiger le rapport dans l'une des langues nationales ou en anglais (art. 964b al. 6 nCO) et se baser sur des cadres nationaux, européennes ou internationaux (art. 964b al. 3 nCO). Les réglementations européennes incluent, par exemple, le système de management et d'audit environnemental (EMAS)<sup>51</sup>. Le cadre international comprend, outre les Principes directeurs de l'OCDE<sup>52</sup> mentionnés à l'art. 964b al. 3 nCO, les Principes directeurs de l'ONU<sup>53</sup>, le Pacte mondial de l'ONU<sup>54</sup>, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'OIT (Déclaration tripartite de l'OIT)<sup>55</sup> et la norme ISO 26000 de l'Organisation internationale de la normalisation<sup>56</sup>. Les entreprises sont libres de baser leur rapport sur la réglementation de leur choix, mais elles doivent y mentionner la réglementation appliquée; elles doivent aussi rédiger un rapport supplémentaire si les exigences tirées du droit suisse vont au-delà du standard appliqué, afin de veiller à ce que ses exigences soient toujours respectées (art. 963b al. 3 *i.f. nCO*)<sup>57</sup>.

49 CHRISTINE KAUFMANN/RES SCHUERCH, Nouvelles règles pour les entreprises suisses: obligation de rendre compte et devoir de diligence limité (Centre suisse de compétence pour les droits humains, 2020).

50 Sur les limites du principe *comply or explain*, cf. JULIE PERRIARD, Entreprises et droits humains: La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse?, RSDA 2019 6, p. 667 ss, 673; ELLEN HERTZ/YVAN SCHUTZ, Entreprises et droits humains: Les limites de la bonne volonté, Genève, 2020.

51 Cf. MICHAEL S. WENK, The European Union's Eco-Management and Audit Scheme (EMAS), Springer, 2005.

52 Principes OCDE (note 37).

53 Principes directeurs de l'ONU (note 5).

54 Pacte Mondial des Nations Unies («UN Global Compact»), 26 juillet 2000, <<https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

55 Organisation Internationale du Travail, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, novembre 1977.

56 ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, 2010.

57 D'ailleurs, certaines entreprises suisses étaient déjà tenues de rédiger un rapport sur les questions non financières avant l'élaboration des art. 964a ss et 964j ss nCO en vertu de la Directive 2014/95 UE (note 39), cf. MARK VESER/ROGER MÜLLER, Prüfung von Nachhaltigkeitsberichten, Expert Focus 11/2020, p. 809 ss. Pour le surplus, les entreprises cotées en bourse ont la possibilité, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2017, d'annoncer à SIX Swiss Exchange qu'elles rédigent de manière volontaire un rapport de vérification conformément à un standard international, cf. art. 9 Directive on Information relating to Corporate Governance du 20 juin 2019, <<https://www.ser-ag.com/dam/downloads/regulation/listing/directives/DCG-en.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]. Près de trente entreprises ont fait usage de cette possibilité jusqu'à présent, <<https://www.six-group.com/en/products-services/the-swiss-stock-exchange/market-data/shares/sustainability-reporting.html>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

2. *Devoir de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants*

L'art. 964k nCO prévoit pour les entreprises un devoir de *diligence et de transparence* en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants. En ce qui concerne le premier sujet, l'importance d'établir la traçabilité dans la chaîne d'approvisionnement du secteur extractif est largement reconnue au niveau international<sup>58</sup>. L'OCDE a publié en 2016 la troisième édition de son *Guide sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (Guide OECD sur les minerais provenant de zones de conflit)*<sup>59</sup>. Bien qu'il s'agisse d'un instrument de «*soft law*», non contraignant pour les États, cet instrument est à la base d'une série de déclarations, réglementations et initiatives à la fois internationales et nationales. Par exemple l'UE a adopté en mai 2017 le règlement 2017/821/UE, qui établit les obligations de diligence raisonnable de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union d'étain, de tantale, de tungstène, et d'or provenant de zones de conflit et à haut risque conformément au guide de l'OCDE<sup>60</sup>. L'art. 964k nCO, qui s'inspire du Règlement 2017/821/UE, s'inscrit dans cette série de réglementations et d'initiatives nationales en prévoyant un devoir de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque. En ce qui concerne le devoir de transparence et diligence en matière de travail des enfants, il s'agit également d'un domaine fortement réglementé au niveau international et national<sup>61</sup>. L'art. 964k nCO, en ce qui concerne la diligence en matière de travail des enfants, s'inspire du *Child Labor Due Diligence Act* néerlandais<sup>62</sup>. Aux fins de son application, il faut souligner qu'un soupçon fondé de recours au travail des enfants – défini à l'art 1 let. f AP-ODiTr comme un soupçon «qui repose sur une indication concrète ou sur plusieurs indices venant de l'intérieur ou de l'extérieur de

---

58 Le Conseil de sécurité des Nations Unies a adopté la résolution 1952 (2010) qui préconise le respect du devoir de diligence dans la chaîne d'approvisionnement et qui vise spécifiquement les minerais et les métaux provenant de la République démocratique du Congo (RDC) et des États voisins. S/RES/1952(2010).

59 OCDE, Guide (note 25).

60 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, L 130/1.

61 Selon la Déclaration tripartite de l'OIT, «[l]es entreprises multinationales ainsi que les entreprises nationales devraient respecter l'âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail, en vue d'assurer l'abolition effective du travail des enfants dans le cadre de leurs activités [...]», cf. oit, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, § 27.

62 *Wet zorgplicht kinderarbeid*, du 14 mai 2019, pas encore en vigueur, cf. OFJ (note 9), p. 17; CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 4.

l'entreprise»<sup>63</sup> – est suffisant pour déclencher l'obligation de mettre en place un système de gestion, quel que soit le secteur économique concerné (art. 964k al. 1 ch. 2 nCO).

L'obligation de diligence de l'art. 964k nCO s'appuie sur les «réglementations internationalement reconnues», qui incluent les Principes directeurs de l'ONU et les Principes directeurs de l'OCDE<sup>64</sup>. Ces deux textes peuvent servir de guide pour l'interprétation de la notion de «diligence» de l'art. 964k nCO. La définition de la notion de diligence en matière de droits humains figure au Principe 17 des Principes directeurs de l'ONU et au Chapitre VI des Principes directeurs de l'OCDE<sup>65</sup> et a pour but de mesurer la conformité de l'action des entreprises en lien avec les attentes sociales en matière *inter alia* de respect des droits humains<sup>66</sup>. La diligence définit donc un processus continu et récurrent qui permet aux entreprises (1) d'identifier les répercussions potentielles et effectives de leurs activités sur les droits humains dans les domaines identifiés à l'art. 964j al. 1 nCO (politique relative à la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou de zones à haut risque et/ou pour les produits ou services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants); (2) de prendre et communiquer des mesures appropriées pour prévenir toute violation; et (3) de rendre compte de la manière dont elles y remédient<sup>67</sup>.

L'art. 964k al. 2 nCO prévoit un raisonnement en deux étapes afin de mettre en œuvre le devoir de diligence: (1) l'identification et l'évaluation des risques d'effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement et (2) la prise de mesures en vue de réduire au minimum les risques constatés<sup>68</sup>.

---

63 Cette notion s'appuie sur celle prévue dans les conventions 138 et 182 de l'OIT en la matière. La Convention No. 138 (Convention No. 138 de l'Organisation Internationale du Travail concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi, 26 juin 1973, art. 2), en particulier, fixe l'âge minimum général d'admission à l'emploi ou au travail à 15 ans (13 ans pour les travaux légers) et l'âge minimum pour les travaux dangereux à 18 ans (16 ans à certaines conditions strictes). Convention No. 182 de l'Organisation Internationale du Travail sur les pires formes de travail des enfants, 17 juin 1999; aux fins de cette convention, le terme «enfant» s'applique à l'ensemble des personnes de moins de 18 ans (art. 2).

64 Principes OCDE (note 37), p. 4.

65 Entre autres, JOHN G. RUGGIE, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect, and Remedy Framework»*, Report of 21 March 2011, A/HRC/17/31 (2001); JONATHAN BONNITCHA/ROBERT MCCORQUODALE, *The Concept of «Due Diligence» in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, *European Journal of International Law* 28(3) 2017 899–919; Maria Monnheimer, *Due Diligence Obligations in International Human Rights Law*, CUP, 2021. Des travaux sont actuellement menés au niveau de l'ONU afin de proposer l'adoption d'un traité qui serait contraignant, cf. <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/second-revised-draft-of-the-binding-treaty/>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021] pour l'historique de la procédure et la dernière version du projet de traité.

66 DAMIANO CANAPA/EVELYNE SCHMID/ELENA CIMA, «Entreprises responsables»: trois malentendus, *Jusletter* 23 novembre 2020, p. 9.

67 Principes OCDE (note 37), ch. IV.

68 Cf. à ce sujet CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 4 s.

À la base de ces deux étapes se trouve la mise en place d'un système de gestion des risques afin d'identifier ces derniers de manière adéquate et de prendre les mesures nécessaires pour les prévenir ou en atténuer les effets néfastes<sup>69</sup>. Conformément à l'art. 964k al. 1 nCO, un tel système de gestion doit comprendre la définition d'une politique de l'entreprise relative à la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou de zones à haut risque, et en biens ou services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants, ainsi qu'un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement<sup>70</sup>. Pour définir leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement, les entreprises s'appuieront sur le *Guide OECD sur les minerais provenant de zones de conflit* et sur l'outil d'orientation du Bureau international du Travail (BIT) et de l'Organisation internationale des Employeurs (OIE) sur le travail des enfants<sup>71</sup>. Il faut souligner que les normes internationales sur lesquelles les entreprises doivent baser leur politique – notamment les Conventions No. 138 et 182 de l'OIT – sont des normes à caractère minimal et, de ce fait, les entreprises devront respecter les législations nationales qui vont plus loin que les normes internationales<sup>72</sup>. Dans leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement, les entreprises devront notamment indiquer les instruments grâce auxquels elles pourront identifier, évaluer, prévenir, et éliminer tous les risques néfastes<sup>73</sup>.

C'est sur la base de leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement et des informations collectées grâce à leur système de traçabilité, que les entreprises pourront procéder à l'identification et l'évaluation des risques d'effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement et prendre des mesures dans le but de réduire au minimum les risques constatés.

L'identification et la gestion des risques implique que l'entreprise doit évaluer les incidences réelles et potentielles de ses activités, «intégrer les résultats et [...] engager des actions correspondantes, [...] suivre les réponses et [...] faire connaître les mesures prises pour parer aux incidences»<sup>74</sup>. Les impacts négatifs «peuvent inclure les préjudices aux populations (c'est-à-dire les impacts externes), ou les atteintes à la réputation de l'entreprise ou la responsabilité juridique (c'est-à-dire les impacts internes), ou les deux»<sup>75</sup>.

Une fois les risques identifiés, l'étape suivante consiste à les réduire aux minimums. Cela signifie que l'entreprise doit s'inscrire dans une démarche de

69 ANDREAS RÖTHELI ET AL., Contre-Projet à l'initiative pour des entreprises responsables: Aperçu des nouvelles obligations, Lexology, novembre 2020.

70 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 15.

71 OIT, l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants à l'intention des entreprises, Première édition, 2015.

72 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 16, 19.

73 ODiTr, art. 7 et 8.

74 Principes OCDE (note 37), ch. IV, Commentaire § 45. KATINKA D. JESSE/ERIK V. KOPPE, Business Enterprises and the Environment, Dovens Schmidt Quarterly 2013 176–189, p. 183.

75 Principes OCDE (note 37), p. 13.

prévention qui lui permette, dans la mesure du possible, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher les incidences négatives résultant de ses activités. Ce faisant, elle est censée «user de son pouvoir pour atténuer le plus possible l'incidence résiduelle éventuelle, ou si l'incidence a déjà eu lieu, [...] y mettre un terme»<sup>76</sup>.

## II. Lacunes de la nouvelle réglementation en lien avec l'étendue des devoirs et options futures

Le fait que la nouvelle réglementation se trouve principalement dans le titre du CO consacré à la comptabilité commerciale, à la présentation des comptes, et aux autres devoirs de transparence et de diligence est cohérent d'un point de vue systématique<sup>77</sup>. Il aurait en revanche été souhaitable de requérir de l'organe suprême de gestion ou d'administration qu'il contrôle effectivement les devoirs prévus par les art. 964a ss et 964j ss nCO<sup>78</sup>. Le choix du législateur a pour conséquence que la réglementation des art. 964a ss et 964j ss nCO pourrait n'influencer l'activité principale des entreprises que de manière limitée. Les risques en matière de droits humains et pour l'environnement pouvant fluctuer en fonction de l'évolution des activités et du cadre de fonctionnement de l'entreprise, il ne peut être exclu que la diligence en matière de droits humains et d'environnement ne soit pas intégrée dans les processus décisionnels et de gestion du risque entreprise<sup>79</sup>. La concrétisation des obligations pourrait donc davantage s'apparenter à un audit annuel qu'à une réflexion intégrée de la politique de l'entreprise en matière de droits humains et de protection de l'environnement. En outre, il ressort du Rapport explicatif ODiTr que les devoirs de diligence n'interdisent pas de manière absolue d'importer des minerais et métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque, ou des biens et services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants:<sup>80</sup> la nouvelle réglementation, fondée sur la transparence, laisse la «sanction» venir des consommateurs, des bailleurs de fonds et de la société civile<sup>81</sup>.

En dépit de cette critique d'ordre général, deux réformes de la réglementation pourraient intervenir afin d'élargir la portée des devoirs de diligence. Ces

76 Principes OCDE (note 37), Ch. IV, Commentaire § 42.

77 Il existe une proximité de matière avec l'obligation de transparence liée aux autres dispositions de ce titre, bien que les informations non financières doivent être communiquées dans un rapport distinct du rapport annuel (dans ce sens, voir aussi OFJ, (note 9), p. 5 ss).

78 Cela était suggéré dans un premier contre-projet indirect du CN, décision du 14 juin 2018, 16.077n (Dépliant, deuxième colonne), art. 716a<sup>bis</sup> P-CO, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S2-8%20F.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

79 Principes directeurs de l'ONU, Principe 17(c).

80 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 15.

81 *Ibid.*

derniers pourraient être étendus et cette extension pourrait s'accompagner d'une modification de la LDIP.

### 1. *Extension des devoirs de diligence ...*

Une possibilité de réforme consisterait à étendre les devoirs de diligence des art. 964j ss nCO au-delà du secteur des minerais et métaux provenant de zones de conflit et des cas de soupçon de recours au travail des enfants. Les entreprises pourraient être soumises à un devoir de diligence qui concernerait tous les abus potentiels des droits humains ou de normes environnementales dans leurs activités et leurs chaînes d'approvisionnement, avec une étendue de cette diligence raisonnable qui dépendrait des risques.

Un tel élargissement, qui donnerait une portée plus générale à la réglementation, influencerait les standards d'interprétation dans les actions civiles ou pénales qui sont déjà possibles *de lege lata*. Il modifierait par ailleurs de manière significative les possibilités d'actions sur la base du droit de la responsabilité civile<sup>82</sup>.

### 2. *... avec modification de la LDIP*

Si l'option d'une extension des devoirs de diligence devait être suivie, il conviendrait de réviser, en même temps, la LDIP afin que, dans les cas présentant un élément d'extranéité, les entreprises suisses soient soumises aux dispositions étendues sur les devoirs de diligence du droit suisse quel que soit le droit applicable<sup>83</sup>. Le «droit qui régit la société visée par l'action» serait alors le droit suisse chaque fois qu'une entreprise aurait son siège statutaire en Suisse. Autrement dit, si une action contre une entreprise ayant son siège en Suisse était déposée, une telle disposition permettrait d'appliquer à l'entreprise les devoirs de diligence prévus par le droit suisse, même dans le cas où le droit international privé renverrait à l'application d'un droit matériel de la responsabilité civile étranger<sup>84</sup>. Cette manière de procéder permettrait de parer à l'inconvénient d'un droit matériel étranger qui n'offrirait pas un standard de protection équivalent.

Une telle disposition, qui témoignerait de la perméabilité croissante dans ce domaine entre le droit international privé et le droit international public<sup>85</sup>, dérogerait, s'agissant de l'établissement du devoir de diligence, au principe posé par

82 Cf. à ce sujet *infra* D.II.

83 Il serait aussi imaginable d'introduire une disposition impérative au sens de l'art. 18 LDIP dans le CO pour prévoir que les «les dispositions édictées [sur le devoir de diligence] valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé». La proposition passant par une modification de la LDIP est toutefois préférable pour des raisons légistiques.

84 Art. 133 al. 2 LDIP.

85 STÉPHANIE DE DYCKER, *Permeability and Complementarity of Public and Private International Law: the Case of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, in: Francisco

l'art. 133 al. 2 LDIP, selon lequel le droit international privé renvoie à l'application du droit interne de l'État dans lequel un dommage se produit<sup>86</sup>. La situation demeurerait en revanche inchangée en lien avec les autres aspects couverts par l'art. 133 al. 2 LDIP. Dans ce sens, la Commission des affaires juridiques du CE avait proposé, en février 2019, d'ajouter un troisième alinéa à l'art. 142 LDIP: «[e]n cas de prétentions liées à la violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement au sens [des règles sur le devoir de diligence du CO], les obligations de diligence prévues par le droit qui régit la société visée par l'action s'appliquent»<sup>87</sup>.

Cette solution permettrait de tenir compte des standards de diligence du CO sans créer de conflits normatifs avec le droit international public: un État tiers ne pourrait reprocher à la Suisse d'empiéter sur ses compétences, dans la mesure où son droit demeurerait applicable pour juger l'affaire, à l'exception de l'examen du devoir de diligence qui s'inspire des normes internationales<sup>88</sup>. De surcroît, elle améliorerait la sécurité juridique pour les entreprises en rendant superflu, dans les cas visés par la modification, le recours par un tribunal à la réserve de l'ordre public (art. 17 LDIP)<sup>89</sup>.

Sur cette base, le législateur pourrait en même temps choisir d'étendre l'application de la réglementation aux entreprises qui ont leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse; si tel était le cas, il devrait le prévoir de manière expresse, car cela constituerait une dérogation à l'art. 21 al. 2 LDIP<sup>90</sup>.

---

Zamora Cabot *et al.* (Hrsg.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights: Private International Law Perspectives*, Genève 2017, p. 11–33, 19, 23 ss & 29.

86 GREGOR GEISSER, *Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für 'Menschenrechtsverletzungen' bei internationalen Sachverhalten*, Zurich/Bâle/Genève, 2013, p. 437. Pour la discussion d'un cas concret étranger: EVELYNE SCHMID, *A Glass at Least Half Full: The Dutch Court Ruling on Akpan v Royal Dutch Shell/Shell Nigeria* (2013), <<http://rightsasusual.com/?p=265>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

87 CAJ/CE, 19 février 2019 (CAJ-E 2/2019), 16.077n: S2–2 F.pdf – Dépliant Projet 2 Session de printemps 2019 (troisième colonne), <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S2-2%20F.pdf>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]; BO 2019 E 1232.

88 Un tel reproche était formulé, de manière injustifiée, contre le texte de l'art. 101a P-Cst., cf. CANAPA/SCHMID/CIMA (note 66).

89 GEISSER (note 86), p. 462 ss, s'agissant de l'application de la réserve de l'ordre public en lien avec les droits humains.

90 Une telle solution serait dans l'intérêt d'une réglementation holistique en matière de conduite responsable des entreprises «suisses».

## D. Sanctions

### I. Mise en œuvre de la réglementation

Les art. 964a ss et 964j ss nCO imposent aux entreprises de fournir au public, de manière transparente et facilement accessible, toutes les informations pertinentes concernant les questions non financières et la mise en œuvre des devoirs de diligence; cela doit permettre de mieux connaître les modèles commerciaux des entreprises et les risques sociaux et environnementaux y associés<sup>91</sup>.

L'organe suprême de gestion ou d'administration est chargé d'approuver et de signer le rapport sur les questions non financières (qui doit par ailleurs être approuvé par l'organe en charge de l'approbation des comptes annuels, art. 964c al. 1 nCO) et il doit rapporter directement, de manière annuelle, au sujet de la mise en œuvre des devoirs de diligence (art. 964l al. 1 nCO). Lorsqu'une SA est soumise à une telle obligation, il s'agit de tâches intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration<sup>92</sup>.

Afin d'assurer la mise en œuvre conforme de ces obligations, l'art. 325<sup>ter</sup> nCP – qui a une fonction similaire à l'art. 325 CP en matière d'inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité – dispose que des violations formelles du devoir de communication («reporting») pourront donner lieu à une sanction pénale consistant en une amende de CHF 100 000 au plus. Est visée toute personne qui donnerait de fausses indications dans le rapport sur les questions non financière ou dans le rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence, ou qui omettrait d'établir ces rapports (art. 325<sup>ter</sup> al. 2 let. a nCP), ainsi que toute personne qui ne respecterait pas l'obligation de conservation et de documentation des rapports (art. 325<sup>ter</sup> al. 1 let. b nCP). Aucune sanction n'est en revanche encourue par une entreprise qui violerait ses devoirs de diligence et aucune procédure de vérification du contenu matériel du rapport n'est prévue<sup>93</sup>. C'est le fait de n'avoir pas rédigé le rapport ou de n'avoir pas organisé la vérification qui peut être sanctionné, sauf en cas de fausses indications, non le contenu matériel du document<sup>94</sup>.

91 LAURA KNÖPFEL/CARLOS LOPEZ, Finding a Silver Lining in the Rejection of the Swiss Responsible Business Initiative: A Hope of Legal Accountability in the Parliamentary Counterproposal (Part 1), *Opinio Juris*, 17 décembre 2020.

92 OFJ (note 9), p. 16 & 22 ss.

93 Au sein de l'UE, les États membres peuvent prévoir une telle vérification, cf. *Consid. 16*, 2<sup>ème</sup> phrase directive 2014/95.

94 Il faut souligner que la loi néerlandaise concernant le travail des enfants, qui a servi d'inspiration à la réglementation suisse (cf. note 62), comporte deux différences majeures avec la législation suisse en lien avec l'obligation de diligence: (1) elle vise toutes les entreprises qui offrent des biens et services sur le marché néerlandais et (2) toute personne a le droit de déposer une plainte en présence d'indices concrets de travail des enfants dans la chaîne de valeur d'une entreprise.

## II. Critique

Même si les standards internationaux n'obligent pas (ou en tout pas explicitement) les États à prévoir une responsabilité de l'entreprise pour les préjudices entraînés par une violation des droits humains ou de normes environnementales<sup>95</sup>, les Principes directeurs de l'ONU requièrent un accès à des remèdes pour les victimes. Le fait qu'une violation des prescriptions relatives à l'établissement de rapports ne puisse faire l'objet que d'une sanction pénale ne permet cependant pas d'atteindre le but de réparation d'une incidence négative visé par le Troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU (principes 25 et suivants)<sup>96</sup>.

Les victimes n'ont en particulier aucune possibilité de demander la réparation, devant les tribunaux suisses, de dommages causés à l'étranger par des entreprises contrôlées par des entreprises suisses<sup>97</sup>: la réglementation des art. 964a ss et 964j ss nCO ne prévoit aucune norme spéciale de responsabilité allant dans ce sens (les dispositions ne contiennent pas d'obligation explicite de prendre des mesures concrètes si les entreprises identifient des risques sociaux et environnementaux<sup>98</sup>). La situation diverge ainsi de manière fondamentale de celle qui aurait prévalu en cas d'acceptation de l'initiative «Entreprises responsables»<sup>99</sup>.

Le risque de *white* (ou *green*) *washing* en lien avec la nouvelle réglementation est ainsi réel, comme le démontrent les développements dans des juridictions qui connaissent une obligation de communication d'informations non financières qui n'est combinée à aucune forme de responsabilité civile<sup>100</sup>. Le fait que les entreprises sont rarement actives directement à l'étranger, mais qu'elles y agissent par l'intermédiaire d'entreprises contrôlées, est déterminant dans ce cadre.

95 INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, Gutachten über gesetzliche Verpflichtungen zur Durchführung einer Sorgfaltsprüfung betreffend Menschenrechte und Umwelt bei Auslandaktivitäten von Unternehmen und zur Berichterstattung über getroffene Massnahmen im deutschen, französischen, dänischen, niederländischen, englischen, chinesischen, kanadischen und amerikanischen Recht, Lausanne 2013; SCHMID (note 2). Des négociations allant dans le sens de l'introduction d'une telle obligation sont en cours. Cf. (note 65).

96 Cf. aussi NATIONS UNIES, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme: Guide interprétatif, 2012, p. 71.

97 Dans le même sens, NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, PJA 2017/8, p. 1015 ss & 1020 ss.

98 KNÖPFEL/LOPEZ, (note 91).

99 A ce sujet, cf. CANAPA/SCHMID/CIMA (note 66). RASHID BAHAR, Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme, RDS 139/2020 II, p. 269 ss & 340 ss.

100 PERRIARD (note 50), p. 667 ss. Pour un aperçu très exhaustif: KAREN MAAS/MARJELLE VERMEULEN, A Systemic View On the Impacts of Regulating Non-Financial Reporting (Erasmus School of Economics 2015), p. 22, qui indiquent dans leur méta-étude: «[a]s long as organizations do not integrate non-financial issues and business, it is not possible to learn from past experience. (...) [I]n many cases non-financial reporting will stay a matter of PR and green-washing.»

### III. Responsabilité de *lege lata*?

La nouvelle réglementation pourrait élargir les possibilités d'action de différentes parties en cas de violation des droits humains ou de principes environnementaux. Cette section propose un tour d'horizon des options envisageables.

En premier lieu, contrairement à ce qu'affirme le Conseil fédéral dans son rapport<sup>101</sup>, un changement interviendrait sur le plan de la responsabilité civile, au niveau de la définition de l'illicéité et de la faute.

Une large frange de la doctrine considère que le droit en vigueur permet d'appliquer l'art. 55 CO, qui règle la responsabilité de l'employeur en cas de dommage causé par ses auxiliaires, aux cas où l'auxiliaire est une entreprise<sup>102</sup>. Dans cette mesure, dans l'hypothèse où les conditions de cet article sont réunies<sup>103</sup>, le comportement d'une filiale ayant provoqué un dommage lié à une violation des droits humains ou de normes environnementales pourrait être imputé à la société mère. En ce qui concerne l'acte illicite de l'auxiliaire<sup>104</sup>, celui-ci peut consister en une atteinte à un droit absolu ou en une violation d'une norme de comportement. En cas de dommage purement économique, la violation d'une norme de comportement doit viser à protéger la victime contre la survenance du dommage qu'elle subit<sup>105</sup>. Tel nous semble en particulier être le cas de l'art. 964k nCO, qui dispose que les entreprises doivent prendre «des mesures en vue de réduire au minimum les risques constatés» s'agissant des obligations en lien avec 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. Par ailleurs, l'art. 964b al. 2 ch. 4 nCO indique que le rapport sur les questions non financières doit décrire la manière dont l'entreprise gère les

101 Cf. Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 4.

102 Cf. par exemple FRANZ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *Sui-generis*, 2018, p. 428 ss, N 14; ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, *Der Konzern*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005, p. 202 ss; KARL HOFSTETTER, Sachgerechte Haftungsregeln für multinationale Konzerne – Zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften im Kontext internationaler Märkte, Tübingen 1995, p. 239 ss; NINA SAUERWEIN, La responsabilité de la société mère, Berne 2006, p. 89 ss. Moins catégorique: CHRISTINE KAUFMANN, Global agieren, lokal profitieren – und keine Verantwortung?, *RSDA* 2018, p. 337; FRANÇOIS MEMBRESZ, Etude juridique – Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses, Genève, 2012, p. 32 ss, <[http://www.rechttohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude\\_membresz\\_def.pdf](http://www.rechttohnegrenzen.ch/media/medialibrary/2012/03/etude_membresz_def.pdf)> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

103 À ce sujet, cf. OFTINGER KARL/STARK EMIL W., Schweizerisches Haftpflichtrecht: Vol. II/1: Besonderer Teil: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995, § 20 N 83 ss; FRANZ WERRO, in: LUC Thévenoz/Franz Werro, Code des obligations I, art. 1 à 529, Commentaire romand, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, 2021, art. 55 CO N 5 ss (cité CR CO I-AUTEUR-E).

104 CR CO I-WERRO (note 103), art. 55 CO N 12 ss.

105 BREM ROLAND, Berner Kommentar: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2013, Art. 41 N 38b ss (cité BK-AUTEUR-E); OFTINGER/STARK (note 103), § 16 N 101.

risques liés aux questions environnementales, sociales, de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption. Les limitations liées au droit international privé limitent toutefois la portée de cet article, puisque les filiales sises à l'étranger d'entreprises suisses ne sont pas soumises aux devoirs applicables en Suisse.

Par ailleurs, l'application de l'art. 41 CO<sup>106</sup> pourrait intervenir de manière subsidiaire en cas de dommage causé personnellement par une entreprise suisse à l'étranger (responsabilité pour le fait propre). Dans ce cas, une victime devrait prouver: (1) un dommage; (2) un acte illicite d'un organe de la société, à savoir, comme indiqué ci-dessus, une violation d'une norme de comportement, qui, en cas de dommage purement économique, doit viser à protéger la victime contre la survenance du dommage qu'elle subit (ce qui nous semble être le cas des art. 963k et 964b nCO); (3) un lien de causalité entre le dommage et la violation et (4) une faute de l'entreprise<sup>107</sup>, à savoir, en l'espèce, un manquement subjectif aux devoirs découlant de l'obligation de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants ou un manquement en lien avec une violation d'un droit humain ou d'une norme environnementale qui présenterait un lien avec l'un des éléments devant figurer dans le rapport sur les questions non financières<sup>108</sup>.

Sur le plan du droit de la concurrence déloyale, le fait pour une entreprise de ne pas respecter ses devoirs de diligence pourrait tomber sous le coup de l'art. 2 LCD: le non-respect du devoir de diligence et les économies de coûts ou améliorations de rendement qui en découlent procurent en effet un avantage concurrentiel à l'entreprise<sup>109</sup>. Un concurrent (art. 9 LCD) ou la Confédération (art. 10 al. 3 LCD) pourraient tenter action<sup>110</sup>.

L'inaction liée aux devoirs de diligence issus des art. 964a ss et 964j ss nCO pourrait par ailleurs engager la responsabilité des organes de la société (art. 754 ss CO) dans la mesure où cette inaction violerait le devoir de diligence de l'art. 717 CO. Le dommage correspondrait à l'atteinte à la réputation de l'entreprise<sup>111</sup> ou au montant auquel une entreprise aurait été condamnée dans le cadre d'une action en responsabilité intentées par un lésé en lien avec une violation des art. 964a ss et 964j ss nCO. En lien avec l'atteinte à la réputation de

---

106 CR CO I-WERRO (note 103), art. 41 CO N 6 ss.

107 Sur cette notion, cf. BK-BREM (note 105), art. 41 N 169 ss.

108 Dans ce sens, CANAPA/SCHMID/CIMA (note 66), N 27.

109 RETO M. HILTY, in: Reto M. Hilty/Reto Arpagaus, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Bâle, 2013, Art. 2 N 136 ss, 142 ss.

110 YESIM M. ATAMER/FLORIAN WILLI, CSR-Berichterstattungspflichten Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, SZW, 2020, p. 686 ss, 700.

111 Cf. cependant ATAMER/WILLI (note 110), p. 701, pour qui l'existence d'un dommage est douteuse dans un tel cas.

l'entreprise, le dommage correspondrait par exemple aux frais investis pour rétablir la réputation et aux pertes de revenus liées à la mauvaise réputation<sup>112</sup>. La qualité pour agir serait cependant limitée, dans de tels cas, à la société et aux actionnaires.

Enfin, l'affaire *Yavatmal*, qui est actuellement pendante devant les tribunaux bâlois, illustre l'utilisation envisageable de la loi sur la responsabilité du fait des produits [LRFP<sup>113</sup>] en matière de responsabilité des entreprises *de lege lata* pour des dommages liés à un manque de diligence. Les familles de personnes décédées en Inde des suites d'un empoisonnement réclament des dommages-intérêts de la société *Syngenta* en invoquant qu'elle aurait dû savoir et prendre en compte le fait que les agriculteurs indiens ne savent pas lire les instructions de sécurité figurant sur le produit et qui permettent une utilisation moins dangereuse de celui-ci<sup>114</sup>. Ce fait constituerait, aux dires des familles, une violation de l'art. 4 LRFP, qui dispose qu'un «produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances»<sup>115</sup>. Si un cas similaire devait se produire à l'avenir en lien avec les minerais et métaux provenant de zones de conflits ou en matière de travail des enfants, les juges devraient, à notre sens, tenir compte des règles de diligence du CO pour interpréter la LRFP, même en l'absence de nouvelle norme de responsabilité.

#### IV. Développements internationaux: la réglementation suisse bientôt dépassée?

La mise en perspective des art. 964a ss et 964j ss nCO avec les développements internationaux récents est révélatrice des limitations de la nouvelle réglementation. Ces limitations sont d'autant plus flagrantes si l'on considère la manière dont le CF envisage la mise en œuvre de la réglementation dans l'AP-ODiTr. Si, comme déjà mentionné, il n'existe pas, sur le plan international, d'obligation explicite de prévoir une responsabilité civile de l'entreprise pour un dommage lié à une violation des droits humains ou de normes environnementales<sup>116</sup>, de plus en plus de forums internationaux et d'États estiment que ces droits et normes doivent être respectés, protégés et garantis par-delà les frontières étatiques<sup>117</sup>. Certains États ont ainsi déjà adopté des réglementations comportant

112 Dans ce sens ROLF H. WEBER, *Sorgfaltspflichten in der Lieferkette: Neue gesetzgeberische Herausforderungen für die Schweiz*, Jusletter 29 mars 2021, p. 8.

113 RS 221.112.944.

114 *Tagesanzeiger*, *Indische Opfer klagen in Basel gegen Syngenta*, 18 septembre 2020, p. 11 ss.

115 Celle-ci est applicable malgré le caractère international de l'action, cf. art. 135 LDIP.

116 Cf. *supra* D.II.

117 CHRISTINE KAUFMANN *ET AL.*, *Mise en œuvre des droits humains en Suisse: Un état des lieux dans le domaine droits de l'homme et économie*, Berne, 2013, p. 3, 11 s., 51 s.

des similitudes avec l'initiative populaire rejetée<sup>118</sup> et des travaux législatifs sont en cours dans nombre de juridictions<sup>119</sup>.

Durant les mois qui précédaient la votation du 29 novembre 2020, l'une des controverses portait sur la question de savoir si la Suisse, au cas où elle adopterait l'art. 101a P-Cst., serait avant-gardiste, retardataire ou simplement « élève moyen » en matière de prévention de violation des droits humains ou de normes environnementales par ses entreprises. L'un des arguments présentés en faveur du contre-projet indirect était sa similarité à la législation de l'UE sur la communication d'informations non financières<sup>120</sup>. Une révision de cette législation était pourtant déjà planifiée<sup>121</sup>, une évaluation mandatée par l'UE ayant conclu que des devoirs de diligence non-contraignants ne responsabilisent pas durablement la conduite des entreprises<sup>122</sup>.

Le 1<sup>er</sup> décembre 2020, deux jours après le rejet de l'art. 101a P-Cst., le Conseil de l'UE a ainsi chargé la Commission européenne de présenter une proposition de législation contraignante afin d'assurer le respect des droits humains dans les chaînes d'approvisionnement au niveau mondial; un projet de directive devrait être prêt d'ici à juin 2021<sup>123</sup>. Par ailleurs, le Parlement euro-

---

118 Notamment l'Allemagne (Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten du 16 juillet 2021 (BGBl. I p. 2959), <<https://www.gesetze-im-internet.de/lksg/>> [consulté le 22 octobre 2021], la France (Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre), les Pays-Bas (cf. note 62) et le Royaume-Uni (Modern Slavery Act 2015 c. 30). Pour une analyse de droit comparé, cf. GREGOR GEISSER, *Rechtsvergleich im internationalen Verhältnis: Sachgerechter internationaler Rechtsvergleich zwischen der Konzernverantwortungsinitiative und dem heute geltenden Recht in Frankreich, Niederlanden, Grossbritannien sowie Deutschland* (étude mandatée par le Comité d'initiative), No. 978-3-7255-6786-7, 2020.

119 C'est actuellement le cas en Finlande et en Norvège. Pour un aperçu récent, cf. KAUFMANN/SCHUERCH (note 49).

120 KARIN KELLER-SUTTER dans un entretien au «Freisinn» (19 novembre 2020, reproduit sur <<https://www.bj.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/reden-interviews/interviews/2020/2020-11-19.html>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]: «[d]er Gegenvorschlag ist hingegen international abgestimmt und übernimmt die Bestimmungen, die in Europa auch gelten. Damit haben wir gleich lange Spiesse.»

121 COMMISSION EUROPÉENNE, *Le pacte vert pour l'Europe*, COM (2019) 640 final, Bruxelles, 11 décembre 2019, p. 20; Communication d'informations non financières par les grandes entreprises (règles actualisées), Proposition de règlement, Union européenne, 2021, <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12129-Revision-of-Non-Financial-Reporting-Directive>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

122 CLAIRE BRIGHT/LISE SMIT/ROBERT MCCORQUODALE ET AL., *Study On Due Diligence Requirements Through the Supply Chain: Final Report*, mandated by the European Commission, 2020, p. 16 ss. Cf. BENJAMIN FOX, *New Human Rights Laws in 2021, promises EU justice chief*, EurActiv, 30 April 2020. Une consultation a été menée jusqu'en février 2021, cf. *Gouvernance d'entreprise durable, Procédure de consultation*, Union européenne, 2021, <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021].

123 CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Droits de l'homme et travail décent dans les chaînes d'approvisionnement mondiales: le Conseil approuve des conclusions*, Communiqué de presse du 1<sup>er</sup> décembre 2020.

péen a adopté, le 17 décembre 2020, une résolution appelant à étendre les obligations d'information des entreprises et à relier cet agenda aux prochaines propositions sur la durabilité<sup>124</sup>.

Plus particulièrement, un renforcement des mécanismes de mise en œuvre et de sanction figure à l'agenda européen; dans ce cadre, des mesures additionnelles seront examinées dans le domaine des mécanismes de réparation à disposition des victimes. La nouvelle réglementation aura des répercussions importantes sur les pratiques des entreprises suisses opérant dans l'UE et la réglementation suisse pourrait être rapidement dépassée.

## V. Perspectives de *lege ferenda*<sup>125</sup>

En complément à l'analyse qui précède, si la Suisse souhaite disposer d'une réglementation alignée sur les développements et attentes internationaux, les possibilités de sanctions existantes pourraient être étendues par l'introduction d'une responsabilité civile de l'entreprise pour les actions d'entreprises contrôlées à l'étranger qui soit prévue de manière explicite dans la loi. Une telle possibilité était prévue par l'initiative et par le contre-projet indirect du CN<sup>126</sup>. La responsabilité civile est en effet un outil essentiel pour prévenir des violations des droits humains ou des dommages environnementaux<sup>127</sup>: elle participe à la prévention de la survenance de dommages en permettant à une victime, sans existence de rapport contractuel préalable, de demander réparation<sup>128</sup>. Cette révision pourrait intervenir alternativement ou cumulativement à l'extension des devoirs de diligence et à la modification de la LDIP envisagées *supra*<sup>129</sup>.

De manière plus limitée que ne le prévoyaient l'initiative et le contre-projet du CN, la responsabilité pourrait ne concerner que les cas de dommages causés par des entreprises contrôlées par des entreprises suisses qui découleraient de

124 PARLEMENT EUROPÉEN, Résolution du Parlement européen du 17 décembre 2020 sur la gouvernance d'entreprise durable, 2020/2137(INI).

125 D'autres auteurs ont proposé des modifications pénales que nous ne discutons pas davantage dans cette contribution, cf. MARK PIETH, Plädoyer für die Reform der strafrechtlichen Unternehmenshaftung, Jusletter 19 février 2018; NICOLAS BUENO, Diligence en matière de droits de l'homme et responsabilité de l'entreprise: le point en droit suisse, SRIEL 29 2019 345, p. 346 et BUENO (note 97).

126 À ce sujet, cf. CANAPA/SCHMID/CIMA (note 66), N 34 s., 36 ss.

127 Cf. Rapport du 9 décembre 2016, «Entreprises et droits de l'homme: Rapport et plan d'action national», p. 8 et 37 s.; GEORGE P. FLETCHER, Tort Liability for Human Rights Abuses, Oxford/Portland Oregon, 2008. Cf. également: CONSEIL DE L'EUROPE, Recommandation du Comité des Ministres aux États membres sur les droits de l'homme et les entreprises adoptée le 2 mars 2016 (CM/Rec(2016)3), § 32 ss.

128 HEINZ REY/ISABELLE WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich/Bâle/Genève, 2018, N 14 ss; VAN DAM (note 22), p. 245.

129 Cf. C.II.2.

violations des devoirs de diligence qui sont prévus aux art. 964j ss nCO<sup>130</sup> ou qui constitueraient une violation d'un droit humain ou d'une norme environnementale qui présenterait un lien avec l'un des éléments devant figurer dans le rapport sur les questions non financières. Cette limitation apparaîtrait comme un compromis acceptable, tout en permettant à la Suisse de faire figure de bon élève sur le plan international en matière de remèdes qui sont au cœur du Troisième pilier des Principes directeurs de l'ONU (principes 25 et suivants)<sup>131</sup>.

## E. Conclusion

Comme des commentateurs l'ont affirmé au soir de la votation sur l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», le débat sur la responsabilité des entreprises en cas de violation des droits humains ou de normes environnementales ne fait que commencer et l'entrée en vigueur du contre-projet ne le clôtura pas<sup>132</sup>. L'UE est en effet en passe de réviser sa directive sur la transparence et des réglementations contenant un devoir de diligence contraignant sont progressivement adoptées dans plusieurs États.

Le mérite des nouvelles dispositions réside dans le fait que la Suisse se dote pour la première fois d'une législation en matière de conduite responsable des entreprises: ces dernières ne pourront plus ignorer les problématiques liées à la conduite responsable, ce d'autant plus qu'une courte majorité de la population a soutenu l'initiative. Les implications possibles de l'obligation de *reporting* ne doivent ainsi pas être minimisées, puisque les renseignements contenus dans les rapports pourront permettre de mieux connaître les modèles commerciaux des entreprises et les risques sociaux et environnementaux y associés. Le contenu réel de chaque rapport dépendra toutefois des décisions de chaque entreprise et le risque qu'une entreprise pratique le *white washing* semble réel<sup>133</sup>.

Durant le débat ayant entouré la campagne de l'initiative populaire, un certain consensus s'est dégagé sur le fait que la Suisse – dans l'hypothèse où elle légiférerait en matière de responsabilité des entreprises – aurait intérêt à adopter une réglementation qui s'aligne sur les standards internationaux<sup>134</sup>. La régle-

---

130 Sur le contenu de ces devoirs, cf. *supra* C.I.2. Sur la question de l'utilisation des mécanismes de gouvernance de l'entreprise (*corporate governance*) pour réglementer des problèmes économiques ou sociaux, cf. MARIANA PARGENDLER., *The Corporate Governance Obsession*, 2016, *Journal of Corporation Law*, 101.

131 Cf. *supra* D.II.

132 P. ex. «Dieser Abstimmungskampf war erst der Anfang» (*Tagesanzeiger*, <<https://www.tagesanzeiger.ch/dieser-abstimmungskampf-war-erst-der-anfang-693383996538>> [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]).

133 KAUFMANN/SCHUERCH (note 49); PERRIARD (note 50), p. 667 ss.

134 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE, *Initiative populaire Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement*, <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/>>

mentation qui entrera en vigueur est pourtant sur le point d'être dépassée par les évolutions récentes ou à venir au niveau de l'UE ou des pays voisins, en particulier au vu de la manière dont le CF a choisi de mettre en œuvre le contre-projet, qui ne tient aucunement compte des promesses qui ont été faites durant la campagne de votation de l'initiative populaire<sup>135</sup>. On est donc très loin, contrairement à ce qu'affirme le CF, de règles qui seraient «harmonisées à l'échelon international, en particulier avec l'UE»<sup>136</sup>. Si la Suisse veut suivre les évolutions au niveau régional, en particulier au sein de l'UE, et si elle veut mettre en œuvre les Principes directeurs de l'ONU, le législateur devra être à nouveau sollicité<sup>137</sup>. Les débats menés jusqu'à présent pourront servir de base à la révision.

Dans ce cadre, les propositions d'amélioration de la réglementation ayant trait à la transparence sur les questions non financières et aux devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants décrites dans cet article – à savoir l'extension du devoir de diligence s'accompagnant d'une modification de la LDIP et l'introduction, de manière expresse, d'une responsabilité civile de l'entreprise pour certains actes d'entreprises contrôlées, y compris à l'étranger – apparaissent comme des options raisonnables. Sans aller aussi loin que l'initiative ou le contre-projet du CN, ces mesures garantiraient en particulier un certain accès à des remèdes se rapprochant des Principes directeurs de l'ONU et cette solution contribuerait à une prise en compte effective, par les entreprises, de certains droits humains et réglementations environnementales.

### Résumé

Le débat sur la responsabilité des entreprises en cas de violation des droits humains ou de normes environnementales ne fait que commencer. À la suite du rejet par une majorité de cantons, en novembre 2020, de l'initiative populaire «Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement», le contre-projet indirect à l'initiative constitue le nouveau cadre légal qui réglemente, de manière modeste, les obligations des entreprises dans les domaines des droits humains et environnemental. Cette contribution analyse et critique la

---

themes/abstimmungen/entreprises-responsables.html] [consulté le 1<sup>er</sup> mai 2021]. Le CF a exprimé le souhait de privilégier une démarche coordonnée au niveau international, cf. CF, Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme: Plan d'action national de la Suisse 2020–2023, Berne 15 janvier 2020, p. 8.

135 KARIN KELLER-SUTTER (note 120), qui contient, p.ex. l'affirmation que la nouvelle réglementation sera «aussi stricte» («gleich streng») que l'initiative en ce qui concerne le travail des enfants.

136 CF, Rapport explicatif AP-ODiTr (note 17), p. 26.

137 Dans le même sens: KAUFMANN/SCHUERCH (note 49). Cf. aussi SCHMID (note 2).

nouvelle réglementation en tenant compte de l'ordonnance d'application du CF. Des améliorations sont suggérées, qui apparaissent nécessaires au vu des lacunes actuelles de la loi et des perspectives d'évolution de la thématique sur le plan international.

### *Zusammenfassung*

Die Debatte über die Verantwortung von Unternehmen für die Verletzung von Menschenrechten und Umweltstandards hat in der Schweiz gerade erst begonnen. Nachdem die eidgenössische Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» im November 2020 von einer Mehrheit der Kantone abgelehnt wurde, bildet der indirekte Gegenvorschlag zur Initiative den neuen gesetzlichen Rahmen, der in bescheidener Form die Pflichten von Unternehmen in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt regelt. Dieser Beitrag analysiert und kritisiert die neue Regelung unter Berücksichtigung der Vollzugsverordnung des Bundesrates. Die Autoren schlagen Verbesserungen vor, welche vor dem Hintergrund der Lücken der jetzigen Regelung und den dynamischen Entwicklungen auf internationaler Ebene notwendig erscheinen.