



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Le contre-projet à l'initiative pour des multinationales responsables

Un parcours semé d'embûches pour les entreprises suisses

4 août 2022

La révision du code des obligations et du code pénal entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 à la suite de l'adoption du contre-projet à l'initiative sur les multinationales responsables est moins contraignante que celle-ci, mais son application comporte des difficultés pour les entreprises et soulève de nombreuses questions concernant les vérifications que ces dernières doivent effectuer afin d'honorer leur devoir de diligence. En outre, pour éviter de fausser la concurrence, la législation suisse devra être interprétée en tenant compte du droit européen et des normes internationales.

À la suite du rejet, le 29 novembre 2020, de l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », le Conseil fédéral décidait en décembre 2021 de mettre en vigueur au 1er janvier 2022 la révision du code des obligations (CO) prévue par le contre-projet, ainsi que ses dispositions d'exécution contenues dans l'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (ODiTr, RS 221 433). À la même date, il publiait son rapport explicatif concernant cette ordonnance.

Principales caractéristiques des nouveaux devoirs de transparence et de diligence

Les nouvelles dispositions ont été insérées dans le code des obligations (art. 964a ss CO) et dans le code pénal (art. 325ter CP). Elles régissent notamment de façon plus stricte tant le devoir de diligence que les obligations de transparence. Sont concernées les entreprises qui, soit importent ou traitent en Suisse certains minerais ou métaux provenant de zones de conflit ou de zones à haut risque, soit offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants (art. 964j al. 1 CO). Ces obligations, qui s'appliquent tout au long de la chaîne d'approvisionnement, sont définies comme des obligations de moyens et non de résultat : l'entreprise doit certes faire preuve de toute la diligence nécessaire (principe du « *best effort* »), mais n'est pas tenue de parvenir à un résultat déterminé.

La chaîne d'approvisionnement de mon entreprise est-elle concernée par le travail des enfants ?

Les entreprises ont en particulier de grandes difficultés à cerner le champ d'application de leurs devoirs de diligence dans les domaines du travail des enfants et des minerais du conflit, car le libellé du code des obligations et de l'ordonnance d'application ne leur fournit guère de repères

pour ce qui relève de la pratique, sans compter que le rapport explicatif du Conseil fédéral ne leur sera que d'un secours limité. Il est donc urgent de préciser les règles du jeu. En effet, toute entreprise enfreignant ces règles est passible de poursuites pénales et peut voir sa réputation entachée, même si sa responsabilité civile ne sera pas engagée.

Outre des difficultés terminologiques, il existe un autre élément d'incertitude pour les entreprises : la question de savoir s'il leur faut réaliser un examen de fond déjà lors de l'analyse de la question du champ d'application. Or, une entreprise ne devrait être astreinte à cet examen qu'une fois établi qu'elle tombe bel est bien sous le coup de ce devoir de diligence.

Un exemple fictif ci-dessous permet d'illustrer les difficultés rencontrées par les entreprises.

L'Europe avance, la Suisse devrait lui emboîter le pas

La situation évolue aussi en Europe. La Commission européenne a ainsi adopté le 23 février 2022 une proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, qui ne s'applique pas uniquement aux seules entreprises, mais également à leurs filiales et à toute leur chaîne d'approvisionnement, et par conséquent aussi aux entreprises suisses entretenant des relations d'affaires sur le marché européen.

Or, si des entreprises suisses à vocation européenne étaient régies par des dispositions plus strictes que leurs concurrentes sans implantation à l'étranger, l'équité de la concurrence en Suisse en pâtirait. Selon le rapport explicatif du Conseil fédéral, la législation helvétique tient déjà compte du droit européen et des normes internationales. Or, pour que cette affirmation se concrétise dans la pratique, il s'agira d'interpréter la législation suisse conformément au droit européen et de tenir compte des bonnes pratiques à l'échelon international : on garantira ainsi l'application correcte des normes internationales, un aspect primordial tant pour atteindre le but de la législation suisse que pour préserver les intérêts des entreprises.

Auteur : Reto Messerli, Master en droit, collaborateur scientifique auprès du Domaine thématique Droits humains et économie du CSDH



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Exemple relatif à l'article « Le contre-projet à l'initiative pour des multinationales responsables : un parcours semé d'embûches pour les entreprises suisses »

L'exemple fictif ci-dessous illustre les difficultés que les entreprises suisses pourraient rencontrer déjà au stade de l'examen de leur devoir de diligence dans le domaine du travail des enfants.

Sise à Vauderens, Camicie d'Oro SA compte 270 employé-e-s en Suisse et se consacre à la vente de chemises en coton. Elle ne possède pas de fabriques et se fournit auprès de sous-traitants en Macédoine du Nord et au Cambodge.

Souhaitant déterminer si elle est astreinte à des obligations de transparence et de diligence dans le domaine du travail des enfants, Camicie d'Oro consulte les dispositions applicables, à savoir les articles 964a à 964c et 964j à 964l CO, ainsi que l'ODiTr.

Vérifications à effectuer dans le domaine du travail des enfants

Les articles 5 à 8 ODiTr concrétisent l'article 964j alinéa 3 CO. Ils permettent d'établir quelles entreprises ne sont pas tenues de vérifier s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants. Selon le rapport explicatif, cette vérification doit se faire en trois étapes : vérification des seuils, analyse des risques et vérification portant sur les soupçons.

1. Vérification des seuils

Exception faite des circonstances dans lesquelles le recours au travail des enfants est manifeste, les petites et moyennes entreprises ne sont pas tenues de vérifier s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants et sont donc exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport (art. 6 al. 1 ODiTr). Sont considérées comme petites et moyennes entreprises celles qui, au cours de deux exercices consécutifs, n'atteignent pas deux des seuils suivants : des effectifs de 250 postes à temps plein en moyenne annuelle, un chiffre d'affaires de 40 millions de francs ou un total du bilan de 20 millions de francs (art. 6 al. 2 ODiTr). Avec son effectif de 270 emplois à plein temps et son chiffre d'affaires supérieur à 40 millions de francs, Camicie d'Oro ne peut invoquer cette exception et doit donc passer à la deuxième étape.

2. Analyse des risques

En vertu de l'article 7 ODiTr, les entreprises qui dépassent les seuils établis à l'article 6 doivent déterminer leur risque en matière de travail des enfants. Ce risque sera considéré comme faible si une entreprise se fournit ou produit, selon l'indication d'origine, dans un pays dont *la Due Diligence*

Response est qualifiée de basic dans l'indice de l'UNICEF *Children's Rights in the Workplace Index* (art. 7 al. 2 let. a ODiTr).

L'ODiTr ne précise pas si cette analyse concerne toute la chaîne d'approvisionnement. Certes, le Conseil fédéral indique dans son rapport explicatif que « par “les pays”, on entend au sens de la loi tous les pays intervenant dans la chaîne d'approvisionnement », mais ajoute aussitôt qu'une « entreprise ne peut guère réaliser un tel examen sans fournir un effort disproportionné, notamment pour les biens dont les multiples composants proviennent de pays divers¹. » Il conclut donc que l'examen doit se limiter au pays de production mentionné dans l'indication d'origine (« *made in* »).

La vérification s'arrête à ce stade si le pays d'origine est classé à faible risque (*basic*) sur l'indice de l'UNICEF (art. 7 al. 1 ODiTr), mais passe à la troisième phase si le risque identifié est moyen (*enhanced*) ou élevé (*heightened*).

Si la Macédoine du Nord est jugée à faible risque par l'UNICEF (*basic*), le Cambodge est en revanche classé parmi les pays à risque moyen (*enhanced*). Or, c'est l'indication « *Made in Cambodia* » qui figure sur les chemises de Camicie d'Oro. Dès lors, notre fournisseur ne peut se prévaloir de l'exception prévue par l'article 7 alinéa 3 en faveur des entreprises opérant dans des pays à faible risque et doit passer à la troisième étape.

3. Vérification de l'existence de soupçons

L'entreprise qui ne peut se prévaloir des exceptions prévues aux articles 6 et 7 ODiTr (étapes 1 et 2) doit vérifier s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants (étape 3). En l'absence de soupçons, elle est exemptée des devoirs de diligence et de transparence dans le domaine du travail des enfants (art. 5 al. 2 ODiTr).

Le CO et l'ODiTr ne définissent pas la notion de « soupçon fondé », mais le Conseil fédéral, dans son rapport explicatif, précise qu'un « soupçon est fondé lorsqu'il repose sur une indication concrète et étayée ou sur plusieurs observations ou indices concrets et étayés laissant craindre le recours au travail des enfants. »

Le Conseil fédéral ajoute que l'entreprise, pour vérifier des soupçons, peut aussi recourir aux instruments énumérés dans l'ODiTr, comme les contrôles sur place ou la collecte de renseignements (art. 10 al. 2 let. a à e, en relation avec l'art. 11 al. 2). Il s'agit là toutefois déjà des instruments utilisés pour la phase suivante, celle de vérification requise pour honorer le devoir de diligence proprement dit. Les trois premières étapes ne devraient servir qu'à savoir si l'entreprise est soumise au devoir de diligence (« est-elle concernée ? », « existe-t-il un devoir de diligence pour elle ? »). Or, le Conseil fédéral semble proposer ici que la question du champ d'application soit abordée de pair avec l'examen du fond de la question, sans définir pour autant le degré d'approfondissement des enquêtes à mener. L'entreprise Camicie d'Oro ne s'en trouve

¹ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Rapport explicatif de l'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque et en matière de travail des enfants (ODiTr) du 03.12.2021, p. 21.

guère avancée et devra dès lors aborder des questions de fond concernant son devoir de diligence avant même de savoir si elle entre dans le champ d'application de l'ordonnance.