



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

Rapport

1 Contexte

1.1 Initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l’être humain et l’environnement »

L'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l’être humain et l’environnement »¹ exigeait que la Confédération prenne des mesures législatives afin d'obliger les entreprises suisses à respecter les droits de l'homme et les normes environnementales dans le cadre de leurs activités à l'étranger. Elle s'articulait autour de trois revendications majeures : (i) instaurer une diligence raisonnable dont les entreprises suisses devraient faire preuve en matière de violations des droits de l'homme et des normes environnementales dans le cadre de leurs activités internationales, (ii) mettre en place une obligation de présenter des rapports sur la mise en œuvre pratique de cette diligence raisonnable et (iii) imposer une règle de responsabilité aux entreprises avec une clause d'exemption applicable à celles qui apportent la preuve qu'elles procèdent avec toute la diligence nécessaire. L'initiative s'appuyait sur les principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme de 2011.

Le corps électoral a accepté l'initiative le 29 novembre 2020 à une courte majorité de 50,73 %. L'initiative n'a par contre pas obtenu la majorité des cantons, nécessaire pour un tel objet, puisque seuls 8,5 cantons s'y sont ralliés. Elle a donc au final été rejetée.

1.2 Contre-projet indirect

Le 19 juin 2020, le Parlement a adopté 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 anonyme².

Le contre-projet réglemente deux aspects :

- la transparence sur les questions non financières et
- 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.

Nous revenons ci-après sur la systématique dans laquelle s'inscrivent ces nouvelles dispositions et détaillons leur contenu.

¹ FF 2017 5999. Objet 17.060 Entreprises responsables – pour protéger l’être humain et l’environnement. Initiative populaire.

² Objet 16.077 CO. Droit de la société anonyme. Projet 2.

1.2.1 Nouvelles dispositions et systématique du CO

Les dispositions du contre-projet indirect s'inscrivent sous le titre du code des obligations (CO)³ consacré au droit comptable (titre trente-deuxième), qui devient « De la comptabilité commerciale, de la présentation des comptes, des autres devoirs de transparence et de diligence ». On y intègre deux nouveaux chapitres (VI et VII), intitulés « Transparence sur les questions non financières » et « 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 ».

1.2.2 Transparence sur les questions non financières

Les dispositions relatives à la transparence sur les questions non financières reposent sur la directive 2014/95/UE sur la responsabilité sociale des entreprises⁴, mais tiennent compte des spécificités du droit suisse. Le rapport sur les questions non financières rendra compte notamment des questions environnementales (et en particulier des objectifs en matière de CO₂), des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption.

Les entreprises concernées par cette nouvelle obligation sont celles qui remplissent les conditions cumulatives ci-après.

- Il s'agit de sociétés d'intérêt public, c'est-à-dire de sociétés ouvertes au public et de personnes qui, selon les lois sur les marchés financiers, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement de la part de l'autorité de surveillance des marchés financiers (par ex. des banques, des assurances, etc.).
- Elles atteignent, conjointement avec les entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, au moins 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle.
- Elles dépassent, conjointement avec les entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, un total du bilan de 20 millions de francs et un chiffre d'affaires de 40 millions de francs au cours de deux exercices consécutifs.

Le rapport sera publié et restera accessible au public pendant au moins dix ans.

Lorsqu'une entreprise n'applique pas de concept en ce qui concerne une ou plusieurs des questions mentionnées ci-dessus, elle intégrera dans le rapport « une explication claire et motivée des raisons le justifiant ». Cette approche qui consiste à appliquer les règles ou à expliquer pourquoi on ne les applique pas (*comply or explain*), également utilisée dans le droit européen, permet aux investisseurs et aux consommateurs de

³ RS 220

⁴ 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

juger de la crédibilité de l'explication donnée, et le cas échéant, de se détourner d'une entreprise si cette explication ne les convainc pas.

L'entreprise pourra écoper d'une amende de 100 000 francs au plus si elle n'observe pas les prescriptions relatives à l'établissement des rapports.

Le contre-projet indirect ne comporte pas de nouvelle règle de responsabilité. La situation juridique reste inchangée en la matière.

1.2.3 Devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et de métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants

Outre la transparence sur les questions non financières, les entreprises devront respecter des devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et de métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants. Ces normes se fondent sur le règlement (UE) 2017/821⁵ et sur le *Child Labor Due Diligence Act* néerlandais⁶. Ces devoirs de diligence et de transparence ont trait à la chaîne d'approvisionnement des entreprises. Ils reposent sur un processus continu et récurrent dont les différentes étapes se fondent les unes sur les autres et se rapportent les unes aux autres. Les devoirs de diligence sont des devoirs d'effort et non de réussite (voir le ch. 2.5).

Les entreprises concernées sont celles

- qui mettent en libre circulation en Suisse ou traitent en Suisse des minerais (et leurs concentrés) ou des métaux contenant de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or ou
- qui offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.

Les principaux devoirs de diligence sont énumérés ci-après.

⁵ 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 (RÈGLEMENT (UE) 2017/821)

Voir également le RÈGLEMENT DÉLÉGUÉ (UE) 2019/429 DE LA COMMISSION du 11 janvier 2019 complétant le règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la méthodologie et les critères à utiliser pour l'évaluation et la certification des mécanismes de devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement en étain, en tantale, en tungstène et en or
Voir également la RECOMMANDATION (UE) 2018/1149 DE LA COMMISSION du 10 août 2018 concernant des lignes directrices non contraignantes pour l'identification des zones de conflit ou à haut risque et des autres risques pour la chaîne d'approvisionnement en vertu du règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil (RECOMMANDATION (UE) 2018/1149).

⁶ *Wet zorgplicht kinderarbeid, Kamerstukken I*, 2016/17, 34 506 du 7 février 2017 (traduction anglaise)

-
- Les entreprises mettent en place un système de gestion dans lequel elles définissent leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou à haut risque et en biens ou services pour lesquels il existe un soupçon fondé de travail des enfants. Un système de gestion est un ensemble de processus, d'instruments et de méthodes utilisés par une entreprise pour orienter ses activités vers les objectifs visés. Les entreprises établissent également un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement.
 - Elles élaborent un plan de gestion des risques, qui décrit les méthodes qu'elles emploient pour identifier, analyser et pondérer les risques d'effets néfastes de leur activité dans la chaîne d'approvisionnement, leur approche de limitation des risques et les résultats intermédiaires des mesures qu'elles ont adoptées. La loi ne définit pas le degré de détail du plan de gestion des risques. Il dépend du type et de la taille de l'entreprise et de la nature de son activité.
 - Un expert indépendant contrôle le respect des devoirs de diligence dans le domaine des minerais et métaux. La loi n'instaure pas d'obligation de contrôle dans le domaine du travail des enfants.

De la même manière qu'elles doivent élaborer un rapport sur les questions non financières, les entreprises doivent rendre compte annuellement de la mise en œuvre de leurs devoirs de diligence dans le domaine des minerais et métaux et du travail des enfants. Une entreprise tenue à la transparence sur les questions non financières au sens de l'art. 964^{bis} CO pourra rendre compte du respect de ses devoirs de diligence dans le même rapport.

1.2.4 Normes de délégation

Le contre-projet indirect comporte une série de normes de délégation qui chargent le Conseil fédéral d'arrêter des dispositions d'exécution. Ces normes de délégation portent sur les minerais et métaux et sur le travail des enfants :

- champ d'application (art. 964^{quinquies}, al. 2 à 4, CO) :
 - seuils de volume d'importation et de transformation de minerais et de métaux jusqu'auxquels les entreprises sont exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport (al. 2) ;
 - conditions auxquelles les petites et moyennes entreprises (PME) et les entreprises qui présentent de faibles risques dans le domaine du travail des enfants sont exemptées des devoirs de diligence (al. 3) ;
 - conditions auxquelles les entreprises sont exemptées de manière générale des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport pour autant qu'elles respectent une réglementation internationalement reconnue et équivalente (al. 4) ;

-
- précisions concernant les devoirs de diligence (art. 964^{sexies}, al. 4, CO).

Le chapitre VI concernant la transparence sur les questions non financières (responsabilité sociale de l'entreprise) ne comporte quant à lui aucune norme expresse de délégation législative au Conseil fédéral.

1.3 **Systématique de l'ordonnance**

L'ordonnance comporte sept chapitres et une annexe qui suivent l'ordre des normes de délégation figurant dans le contre-projet (voir le ch. 1.2.4) : Définitions, Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine des minerais et métaux, Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine du travail des enfants, Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport découlant du respect de réglementations internationalement reconnues, Devoirs de diligence, Rapport consolidé et Entrée en vigueur.

2 **Commentaire des dispositions**

2.1 **Définitions**

Art. 1

Let. a Entreprises

La notion d'entreprise s'applique à des *personnes physiques et morales*, ces dernières pouvant être des sociétés anonymes, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés en commandite par actions, des coopératives ou encore des associations ou des fondations si elles ont une activité économique. Les instituts de droit public peuvent également être qualifiés d'entreprises s'ils jouissent de la personnalité juridique et qu'ils ont une activité économique.

Par *sociétés de personnes*, on entend les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite. Les sociétés simples (art. 530 ss CO) ne sont pas concernées car elles n'ont pas le droit d'avoir une activité économique (voir ci-dessous).

Le *siège* est celui qui figure dans les statuts ou dans le contrat de société ou celui inscrit au registre du commerce, c'est-à-dire la commune politique en Suisse qui y est indiquée. Les dispositions s'appliquent également à des entreprises ayant leur siège à l'étranger, mais leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse. L'administration centrale correspond au lieu où sont prises les décisions ou à celui où se situe la direction. Le siège statutaire peut différer de l'administration centrale, notamment dans le cas des sociétés de domicile. L'établissement principal est situé à l'endroit où se trouve le centre réel et reconnaissable de leurs activités. (il peut s'agir du site de production principal).

Les sujets de droit mentionnés doivent impérativement exploiter une *entreprise*. Selon l'art. 2, let. a, de l'ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC)⁷, une entreprise est une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier. Par « activité économique », on entend une activité organisée et durable visant l'obtention d'une rémunération (activité lucrative). Il est à noter que l'intention d'obtenir un revenu suffit. Une activité est réputée indépendante lorsque la personne qui l'exerce travaille dans sa propre entreprise à ses propres risques. Une activité n'est pas indépendante si la personne l'exerce sur la base d'un contrat de travail, car la personne physique concernée n'est pas libre de son organisation et ne peut décider elle-même de la politique des affaires.

Toute personne physique qui exploite une entreprise et qui, au cours du précédent exercice, a réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 100 000 francs doit requérir l'inscription de son entreprise individuelle au registre du commerce. Sont libérés de cette obligation les membres des professions libérales et les agriculteurs lorsqu'ils n'exploitent pas une entreprise en la forme commerciale (art. 931, al. 1, CO). Si une personne détient deux ou plusieurs entreprises individuelles indépendantes, c'est le chiffre d'affaires annuel cumulé qui est pris en compte pour déterminer si une inscription au registre du commerce est requise. Les entreprises individuelles qui ne sont pas soumises à l'obligation de s'inscrire peuvent requérir leur inscription au registre du commerce (art. 931, al. 3, CO).

Let. b Minerais

La définition des *minerais* se fonde sur l'art. 2, let. a, du règlement (UE) 2017/821. Cette notion recouvre les minerais et concentrés contenant de l'étain, du tantale ou du tungstène, et l'or, tels qu'ils sont énumérés à l'annexe, partie A. Elle englobe également les minerais sous forme de sous-produits.

La notion de sous-produit se fonde quant à elle sur l'art. 2, let. t, du règlement (UE) 2017/821. Un *sous-produit* est un minerai ou un métal relevant du champ d'application de l'ordonnance obtenu à partir de la transformation d'un minerai ou d'un métal ne relevant pas du champ d'application de la présente ordonnance, c'est-à-dire qui n'aurait pas été obtenu sans la transformation du minerai ou métal primaire ne relevant pas du champ d'application de l'ordonnance. Par exemple, l'or obtenu comme sous-produit de l'extraction de métaux du groupe des platines ou de cuivre relève du champ d'application de l'ordonnance s'il est importé en quantités supérieures à 100 kg par an en Suisse.

Let. c Métaux

La notion de *métaux* recouvre les métaux contenant de l'étain, du tantale, du tungstène ou de l'or, ou les métaux constitués d'étain, de tantale, de tungstène ou d'or, tels qu'ils sont énumérés à l'annexe, partie B. Cette définition englobe également les sous-produits de ces minerais (voir la let. b concernant la définition de « sous-produit »). Elle correspond à celle donnée à l'art. 2, let. b, du règlement (UE) 2017/821.

Let. d Chaîne d'approvisionnement

La notion de *chaîne d'approvisionnement* désigne les activités de l'entreprise et celles de tous les opérateurs économiques et acteurs qui possèdent ou sont propriétaires de minerais ou de métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou à haut risque qui interviennent d'une quelconque manière dans le transport et la transformation des minerais depuis le site d'extraction jusqu'à leur incorporation dans le produit fini (voir l'art. 2, let. c du règlement (UE) 2017/821). Cette définition s'applique par analogie aux biens ou services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.

Let. e Zone de conflit ou à haut risque

La définition des zones de conflit ou à haut risque correspond mot pour mot à celle donnée à l'art. 2, let. f, du règlement (UE) 2017/821. Nous renvoyons à la recommandation (UE) 2018/1149 pour une meilleure compréhension de la notion de zone de conflit ou à haut risque et des éléments-clés de sa définition (conflit armé, zone fragile à l'issue d'un conflit, État défaillant). Cette recommandation comporte d'ailleurs une liste de sources d'information ouvertes, dont les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, qui donnent une description du contexte politique et de la situation en matière de sécurité dans les pays à risque, et les informations par pays du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme.

On se reportera à la liste de zones de conflit ou à haut risque établie par RAND Europe sur mandat de la Commission européenne⁸, qui n'a cependant qu'un caractère indicatif.

Let. f Soupçon fondé de recours au travail des enfants

Un *soupçon* est *fondé* lorsqu'il repose sur une indication concrète ou sur plusieurs indices laissant craindre le recours au travail des enfants dans la fabrication d'un bien ou dans la fourniture d'un service. Cette définition du soupçon s'inspire de celle donnée dans la législation sur le blanchiment d'argent.

Une entreprise est soumise aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport au sens des art. 964^{quinquies} ss CO s'il s'avère, après examen, qu'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants. Un tel soupçon peut naître suite à l'application des instruments mentionnés à l'art. 7, al. 2, en relation avec l'art. 8, al. 2 (visites sur place, recherche d'informations, etc.). L'indice de l'UNICEF *Children's Rights in the Workplace Index* (indice UNICEF) peut fournir des indications laissant suspecter le recours au travail des enfants, mais ne suffit pas à lui seul à fonder un soupçon. Lorsqu'une entreprise se procure un bien dans un pays de niveau « *Enhanced* » ou « *Heightened* » selon l'indice UNICEF, cela ne signifie pas forcément qu'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants au sens de la loi et de l'ordonnance pour ce bien précis.

⁸ <https://www.cahraslist.net/cahras> (uniquement en anglais)

L'action de la communauté internationale en faveur de l'élimination du travail des enfants s'appuie essentiellement sur les documents de référence élaborés par l'Organisation internationale du travail (OIT). Il est dès lors particulièrement utile de rappeler la définition du travail des enfants de l'OIT telle qu'elle figure dans sa convention n° 138 du 26 juin 1973 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (convention n° 138 de l'OIT)⁹ et dans sa convention n° 182 du 17 juin 1999 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (convention n° 182 de l'OIT)¹⁰. La Suisse a ratifié ces deux conventions.

Toute activité qu'une personne de moins de 18 ans exerce ne relève pas forcément du travail des enfants. Tout dépend de l'âge, de la nature du travail et de ses conditions d'exercice. Il ne faut pas confondre travail des enfants et emploi des jeunes. Les jeunes peuvent effectuer un travail adéquat à partir de l'âge minimum d'admission à l'emploi, mais ils doivent être protégés des formes de travail dangereuses et interdites.

Le travail des enfants peut revêtir différentes formes, mais la priorité va à l'élimination de ses pires formes, conformément à la définition de l'art. 3 de la convention n° 182 de l'OIT. Il s'agit notamment de toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage ainsi que le travail forcé ou obligatoire qui, par leur nature ou les conditions dans lesquelles elles s'exercent, sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant (travail dangereux).

L'âge minimal d'exercice d'un travail dangereux est fixé pour tous les pays à 18 ans. Il appartient au législateur national de déterminer ce qu'est un travail dangereux après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs intéressées. Tous les États membres de l'OIT ont ratifié la convention n° 182 sur les pires formes de travail des enfants et il est dès lors important de connaître la législation nationale pertinente concernant le travail dangereux.

La convention n° 138 de l'OIT (âge minimum d'admission à l'emploi) prévoit que tout État membre qui la ratifie spécifie, dans une déclaration annexée à sa ratification, un âge minimum d'admission à l'emploi ou au travail sur son territoire. L'âge minimum spécifié ne doit pas être inférieur à l'âge auquel cesse la scolarité obligatoire et en tout cas ne pas être inférieur à quinze ans. Les pays en voie de développement peuvent spécifier un âge minimum de quatorze ans à titre transitoire. De nombreux pays l'ont fixé à quinze voire seize ans. Il est donc indispensable de consulter la législation nationale en la matière.

L'art. 7 de la convention n° 138 de l'OIT autorise l'emploi à des travaux légers d'enfants scolarisés à partir de treize ans (ou de douze ans si l'âge minimum a été fixé à quatorze ans), à la condition que les autorités compétentes donnent leur approbation et assurent une surveillance. L'art. 6 de cette convention autorise par ailleurs le travail effectué dans le contexte d'une formation professionnelle lorsque ce travail est accompli conformément aux conditions prescrites par l'autorité compétente.

⁹ RS 0.822.723.8

¹⁰ RS 0.822.728.2

2.2

Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine des minerais et métaux

Art. 2 Exceptions à raison des volumes d'importation et de transformation

L'*al. 1* concrétise l'art. 964^{quinquies}, al. 2, CO, selon lequel le Conseil fédéral détermine les volumes annuels d'importation de minerais et de métaux jusqu'auxquels les entreprises sont libérées des devoirs de diligence et de rapport. L'art. 2 de l'ordonnance renvoie aux seuils de volume d'importation et de transformation figurant à l'annexe, parties A et B, lesquels s'appuient sur les seuils définis dans le règlement (UE) 2017/821. Pour l'or, par exemple, ce seuil de volume est fixé à 100 kg par an.

Les devoirs de diligence et l'obligation de faire rapport énoncés à l'art. 964^{quinquies}, al. 1, ch. 1, CO s'appliquent aux minerais et métaux mis en libre circulation en Suisse et traités en Suisse. Les exceptions dont il est question dans la norme de délégation de l'art. 964^{quinquies}, al. 2, CO devraient en toute logique s'appliquer tant en fonction des volumes d'importation que des volumes de transformation, même si la disposition n'évoque que la mise en libre circulation. La notion d'importation au sens de l'ordonnance désigne le fait d'acheminer les minerais ou métaux sur le territoire suisse, mais aussi le fait de les mettre en libre circulation en Suisse (processus douanier)¹¹. La prise en compte des volumes de transformation permet de couvrir les cas dans lesquels un importateur suisse n'atteindrait peut-être pas les volumes définis, mais où l'entreprise qui transforme les minerais ou métaux arriverait à de tels volumes. Cette solution permet en outre de prendre en compte les cas dans lesquels l'importateur est une entreprise étrangère.

Al. 2 : Conformément à cette disposition, les volumes d'importation et de transformation se rapportent au groupe dans son ensemble (les notions de contrôle d'une entreprise par une autre et de groupe sont commentées à l'art. 4). Cela revient à additionner les volumes de toutes les filiales, suisses et étrangères. La société-mère est assujettie si le total dépasse les seuils fixés.

Art. 3 Exceptions pour les métaux recyclés

Conformément à l'*al. 1*, l'ordonnance ne s'applique pas aux métaux recyclés. Ceux-ci ayant en règle générale subi de nombreuses transformations, il est difficile d'assurer une traçabilité jusqu'à l'origine des minerais qui constituent les métaux. Le règlement (UE) 2017/821 comporte également une exception de ce type à son art. 1, par. 6.

L'*al. 2* définit les métaux recyclés.

De manière générale, le recyclage désigne le fait de revaloriser des déchets pour les réutiliser dans leur but initial ou dans d'autres buts. Dans le contexte de l'ordonnance, le recyclage porte exclusivement sur les métaux, mais pas sur les minerais (non transformés) ni sur les sous-produits de minerais autres que ceux mentionnés dans la définition.

¹¹ Régi par la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD), RS 631.0.

Pour les métaux recyclés, l'entreprise devra démontrer documents à l'appui, conformément à l'al. 3, que les métaux qu'elle utilise sont dérivés exclusivement de sources recyclées ou récupérées.

2.3 Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine du travail des enfants

Généralités

Les art. 4 et 5 de l'ordonnance concrétisent l'art. 964^{quinquies}, al. 3, CO et, partant, le champ d'application des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport au sens des art. 964^{sexies} s. CO. Ils précisent quelles entreprises ne sont *pas* tenues, en vertu de l'art. 964^{quinquies}, al. 3, CO, d'examiner s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants et sont dès lors exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport au sens des art. 964^{quinquies} s. CO. Les règles sont conçues selon trois étapes auxquelles les entreprises doivent se soumettre pour déterminer si elles sont soumises aux devoirs de transparence et à l'obligation de faire rapport :

- 1^{re} étape (valeurs-seuils) : les entreprises vérifient si elles sont *en dessous* des valeurs-seuils définies à l'art. 4 :
 - une entreprise qui n'atteint *pas* les valeurs-seuils au sens de l'al. 4 ne relève pas du champ d'application de l'ordonnance et n'est pas tenue d'examiner s'il existe un soupçon fondé au sens de l'art. 1, let. f ;
 - si elle les atteint ou les dépasse, elle passe à la 2^e étape.
- 2^e étape (risques) : les entreprises qui *atteignent* les valeurs-seuils ou les *dépassent* examinent conformément à l'art. 5 si les pays où elles se procurent des biens ou des services (selon l'indication d'origine [*made in*]) présentent des risques faibles, moyens ou élevés de travail des enfants ; elles peuvent se fonder pour ce faire sur l'indice UNICEF (voir la définition de cet indice dans le commentaire de l'art. 5) :
 - si le pays d'origine des biens ou services présente des risques faibles (classification *Basic* selon l'indice UNICEF), elles sont dispensées d'examiner s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants (art. 964^{quinquies}, al. 3, CO) ;
 - si, au contraire, le pays d'origine des biens ou services présente des risques moyens ou élevés (classification *Enhanced* ou *Heightened* selon l'indice UNICEF), elles passent à la 3^e étape.
- 3^e étape (soupçons) : les entreprises examinent, conformément à l'art. 964^{quinquies}, al. 1, ch. 2, s'il existe un soupçon fondé au sens de l'art. 1, let. f pour un bien ou service précis :
 - si l'examen ne met *pas* en évidence de soupçon fondé dans le cas concret, l'entreprise est exemptée des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport dans le domaine du travail des enfants au sens des art. 964^{sexies} s. CO ;

-
- si, par contre, le soupçon est fondé dans le cas concret, l'entreprise se conforme aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport dans le domaine du travail des enfants au sens des art. 964^{sexies} s. CO.

Les art. 4 et 5 sont la mise en œuvre de cette conception en trois étapes.

Art. 4 Exception pour les petites et moyennes entreprises

L'art. 4, conformément à l'art. 964^{quinquies}, al. 3, CO, comporte une exception au champ d'application pour les PME. Les entreprises ne seront *pas* tenues d'examiner s'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants et seront exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport si elles n'atteignent pas, au cours de deux exercices consécutifs, conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, deux des valeurs suivantes : un total du bilan de 20 millions de francs, un chiffre d'affaires de 40 millions de francs et un effectif de 250 emplois à plein temps en moyenne annuelle. Cette disposition est inspirée de l'art. 727, al. 2, ch. 2, CO relatif aux exceptions au contrôle ordinaire.

Les exceptions applicables aux PME ne seront bien entendu valables que si elles ne font pas partie d'un groupe qui remplit les critères fixés.

Le *total du bilan* correspond au total des actifs établis conformément au droit commercial. Faute de définition légale, le chiffre d'affaires correspond, selon la doctrine dominante, au produit net, c'est-à-dire aux ventes de biens et de services facturées par l'entreprise qui doivent, conformément à l'art. 959b, al. 2 et 3, ch. 1, CO, figurer à part dans le compte de résultat¹². Le calcul du nombre d'emplois à plein temps peut suivre la doctrine dominante, qui prend en considération le pourcentage d'emplois de tous les travailleurs ayant avec l'entreprise un rapport relevant du droit du travail, quels que soient leur lieu de travail et leur poste, y compris les stagiaires et les apprentis, mais sans compter les membres du conseil d'administration¹³. Pour qu'il y ait « contrôle » ou « groupe », il faut que les conditions énoncées à l'art. 963, al. 2, CO soient remplies, c'est-à-dire qu'une entreprise est réputée en contrôler une autre si : (i) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême, (ii) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration, ou (iii) elle peut exercer une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues. Les entreprises contrôlées peuvent avoir leur siège en Suisse ou à l'étranger.

Pour estimer combien d'entreprises dépassent les valeurs-seuils fixées à l'art. 4 et seront dès lors soumises aux devoirs de diligence dans le domaine du travail des enfants, on peut se reporter aux statistiques suivantes : (i) l'Office fédéral de la statistique (OFS) dénombre 1679 entreprises ayant un effectif de plus de 250 emplois à plein temps en Suisse¹⁴ ; (ii) d'après la statistique de la taxe sur la valeur ajoutée 2017, ce sont 4597 entreprises qui, cette année-là, avaient un chiffre d'affaires d'au moins 40

¹² BSK OR II-MAIZAR/WATTER, n° 18 ad art. 727 CO et les références citées

¹³ BSK OR II-MAIZAR/WATTER, n° 21 s. ad art. 727 CO et les références citées

¹⁴ www.pme.admin.ch > Faits et tendances > Faits et chiffres sur les PME en Suisse > Chiffres sur les PME > Entreprises et emplois ; voir également la statistique structurelle des entreprises (STATENT) de l'OFS.

millions de francs¹⁵. Mais, comme nous l'avons déjà indiqué, le seul fait de dépasser les valeurs-seuils ne suffira pas à soumettre une entreprise aux devoirs de diligence en matière de travail des enfants ; il faudra de plus qu'il existe un soupçon fondé et concret.

Art. 5 Exception pour les entreprises présentant de faibles risques

L'al. 1, conformément à l'art. 964^{quinquies}, al. 3, CO, dispose que les entreprises qui peuvent démontrer que les pays où elles se procurent des biens ou services présentent de *faibles risques* en matière de travail des enfants sont également *exemptées* de l'examen visant à déterminer s'il existe un soupçon fondé en la matière et donc des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport au sens des art. 964^{sexies} s. CO. Par « les pays », on entend au sens de la loi tous les pays intervenant dans la chaîne d'approvisionnement. Or, de fait, 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 divers. L'examen se limitera donc au pays de production selon l'indication d'origine [*made in*]. Cette analyse des risques aura lieu tous les ans.

Une entreprise pourra identifier les risques au sens de l'al. 2 par exemple en consultant l'indice UNICEF. Il s'agit d'un outil en ligne permettant d'évaluer les risques par pays en rapport avec les droits de l'enfant sur le lieu de travail¹⁶. Il permet aux entreprises d'évaluer s'il existe un risque de travail des enfants et si celui-ci est élevé (*Heightened*) ou moyen (*Enhanced*). Un niveau « *Basic* » indique que le risque de travail des enfants est faible dans le pays en question et exempte l'entreprise de l'examen visant à déterminer dans le cas concret s'il existe un soupçon fondé ; elle est exemptée aussi des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport.

L'indice fait partie intégrante de l'Atlas des droits des enfants et des entreprises de l'UNICEF. Rappelons à cet égard que l'UNICEF, le Fonds des Nations Unies pour l'enfance, est politiquement neutre et met à disposition son savoir-faire et ses informations pour assurer la protection et la promotion des droits de l'enfant dans le monde entier. L'Atlas aide les entreprises et les industries à identifier les effets potentiels et réels de leurs activités sur les droits de l'enfant et à intégrer ces informations dans leurs processus de diligence. L'indice s'appuie sur des données publiques des pays, sur des données industrielles et sur des indices internationaux reconnus portant sur différents domaines. Il a à l'heure actuelle été calculé pour 195 pays.

2.4 Exceptions aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport découlant du respect de réglementations internationalement reconnues

Art. 6

¹⁵ La taxe sur la valeur ajoutée en Suisse en 2017, Résultats et commentaires, p. 47 (www.estv.admin.ch/estv/fr/home.html > Politique fiscale Statistiques fiscales Publications > Statistiques fiscales > Informations spécialisées > Statistiques fiscales > Taxe sur la valeur ajoutée > Taxe sur la valeur ajoutée 2017).

¹⁶ Consultable à l'adresse <https://www.childrensrightsatlas.org> > DATA AND INDICES > *Workplace Index* (uniquement en anglais)

Cette disposition énumère les réglementations internationalement reconnues que les entreprises doivent respecter (al. 1) et les modalités selon lesquelles elles peuvent être exemptées des devoirs de diligence et de l'obligation de faire rapport au sens du CO (al. 2).

Dans le domaine des minerais et métaux (al. 1, let. a, ch. 1 et 2), il s'agit des réglementations suivantes, l'une ou l'autre pouvant être appliquée :

- le guide OCDE d'avril 2016 sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque (guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit, 3^e édition 2019)¹⁷, y compris ses annexes et suppléments, et
- le règlement (UE) 2017/821.

Dans le domaine du travail des enfants, ce sont, cumulativement, les deux conventions de l'OIT et, alternativement, l'une des réglementations énoncées au ch. 2, auxquelles une entreprise doit se conformer pour satisfaire aux devoirs de diligence et à l'obligation de faire rapport au sens du CO (al. 2, let. b, ch. 1 et 2) :

- les conventions n° 138 et 182 de l'OIT et
- l'une des réglementations suivantes :
 - soit l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE du 15 décembre 2015 sur le travail des enfants à l'intention des entreprises (outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants)¹⁸,
 - soit le guide OCDE du 30 mai 2018 sur le devoir de diligence pour une conduite responsable des entreprises¹⁹.

Les renvois aux réglementations internationales sont statiques, c'est-à-dire qu'elles se réfèrent exclusivement à la version spécifiée dans l'ordonnance avec une date précise. Il ne s'agit pas de renvois dynamiques qui réfèrent à la dernière version en date, y compris les modifications ultérieures.

Selon l'al. 2, le rapport de l'entreprise citera la réglementation équivalente ou, le cas échéant, la combinaison de réglementations équivalentes sur laquelle elle s'appuie. L'entreprise les appliquera dans leur intégralité à tous les devoirs de diligence et de transparence.

Si l'entreprise se fonde sur une réglementation équivalente, mais ne produit pas le rapport attendu, elle sera soumise à l'obligation de faire rapport au sens du CO et de la présente ordonnance. Elle pourra dès lors être amendée en application de l'art. 325^{ter} CP pour inobservation des prescriptions relatives à l'établissement de rapports.

¹⁷ www.oecd.org > Publications > Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque

¹⁸ www.ilo.org/ipec > Publications et autres ressources

¹⁹ <http://mneguidelines.oecd.org/> > Due Diligence_

2.5

Devoirs de diligence

Généralités

Les devoirs de diligence (obligation de faire rapport comprise) sont un processus continu et récurrent dont les différentes étapes, conformément aux art. 964^{sexies} s. CO, se fondent les unes sur les autres et se rapportent les unes aux autres. Il s'agit, notamment en ce qui concerne la traçabilité de la chaîne d'approvisionnement et l'identification des risques, de devoirs d'effort et non de réussite. Les entreprises devront accomplir leurs devoirs de diligence et en rendre compte. Ces devoirs n'impliquent pas d'interdiction 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. Le but visé par le législateur pourra être atteint du fait que les devoirs de diligence et la transparence au sujet de leur accomplissement agiront en permanence sur les forces du marché. Dans un tel système, la sanction viendra des consommateurs, des bailleurs de fonds propres et de fonds étrangers, ainsi que des acteurs et organisations de la société civile.

Conformément à l'art. 964^{sexies}, al. 1, CO, les entreprises mettront en place un système de gestion pour toute leur chaîne d'approvisionnement. Un système de gestion est un ensemble de processus, d'instruments et de méthodes utilisés par une entreprise pour orienter ses activités vers les objectifs visés. Il définira les éléments suivants :

- la 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 et
- un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement.

Art. 7 Politique relative à la chaîne d'approvisionnement dans le domaine des minerais et métaux

L'*al. 1* énumère les exigences matérielles et formelles auxquelles doit satisfaire la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux. L'*al. 2* fournit une liste non exhaustive des instruments sur lesquels l'entreprise s'appuiera pour identifier, évaluer, éliminer et prévenir les éventuels effets néfastes dans sa chaîne d'approvisionnement. Ceux-ci devront figurer dans le document stratégique où elle définit sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement.

L'entreprise consignera sa politique par écrit.

Conformément à l'*al. 1*, les entreprises consigneront leur politique par écrit en y incluant les points suivants (*let. a à e*) :

Let. a

L'entreprise respecte les devoirs de diligence dans sa chaîne d'approvisionnement lorsqu'elle se procure des minerais et métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou à haut risque.

L'entreprise démontrera, documents à l'appui, qu'elle respecte cet engagement et conservera ces documents à l'interne. La politique de l'entreprise relative à la chaîne d'approvisionnement désigne sa stratégie en la matière.

Let. b

Elle donne à ses fournisseurs et au public des informations à jour et dépourvues d'ambiguïté sur sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement et intègre celle-ci dans les contrats qu'elle conclut avec ses fournisseurs.

La *let. b* exige d'une part que l'entreprise donne à ses fournisseurs et au public des informations à jour et dépourvues d'ambiguïté sur sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement. Elle pourra le faire sur son site Internet s'agissant de la communication au public et dans les contrats s'agissant des fournisseurs. La *let. b* demande d'autre part que l'entreprise intègre sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement dans les contrats qu'elle conclut avec ses fournisseurs.

Let. c

Elle se conforme aux législations nationales applicables à la chaîne d'approvisionnement et applique au moins le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit.

Le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit est une norme internationale à caractère minimal, d'où l'expression « au moins ». Les entreprises devront également respecter les législations nationales, en particulier si elles vont plus loin que les normes internationales.

Let. d

Elle identifie et évalue les risques d'effets néfastes des minerais et métaux provenant potentiellement de zones de conflit ou à haut risque, adopte des mesures adéquates pour prévenir ou réduire au minimum les effets néfastes, communique le résultat de ces mesures et assure un suivi.

Il y a notamment des risques d'effets néfastes au sens de la *let. d* lorsque l'approvisionnement en minerais et métaux contribue au financement de conflits ou incite à des violations des droits de l'homme. Conformément à l'annexe II du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit, les effets néfastes sont en particulier les atteintes graves commises lors de l'extraction, du transport ou du commerce de minerais (par ex. des violations des droits de l'homme, y compris le travail forcé, le travail des enfants, les crimes de guerre, entre autres violations graves du droit international humanitaire, crimes contre l'humanité ou génocides), le soutien accordé à des groupes armés non étatiques, les dons illégaux à des forces de sécurité publiques ou privées, la corruption, la fourniture de fausses informations concernant l'origine des minerais, le blanchiment de capitaux et l'absence de transparence dans le versement de taxes, droits et redevances aux gouvernements.

Une fois les effets néfastes identifiés, les entreprises prendront des mesures adéquates, c'est-à-dire raisonnables. Elles assureront le suivi de ces mesures et examineront leurs résultats.

Let. e.

L'entreprise veille à permettre à toute personne intéressée de faire part de ses préoccupations concernant les circonstances de l'extraction, de la commercialisation et du traitement de minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque et de leur exportation depuis ces zones.

Cette disposition institue un mécanisme d'alerte avancée qui a pour but d'identifier les risques. Il permettra à toutes les personnes intéressées de faire part à l'entreprise de leurs préoccupations en rapport avec les minerais et métaux, tel qu'énoncé ci-dessus. Les entreprises pourront gérer un tel mécanisme en concluant des accords avec d'autres acteurs économiques (par ex. des associations économiques) ou des organisations (par ex. des ONG). Il est également envisageable pour les entreprises de s'associer des experts ou des organismes privés externes ou encore de mettre sur pied un bureau de médiation.

Les entreprises pourront employer différents instruments pour identifier, évaluer, éliminer et prévenir (c-à-d réduire au minimum) les effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement. Certains de ces instruments figurent à l'al. 2, let. a à e (liste non exhaustive). Les instruments qu'une entreprise utilise figureront expressément dans le document stratégique décrivant sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement.

Les *instruments* énumérés dans l'ordonnance sont les suivants :

Let. a

Visites sur place :

Les entreprises pourront effectuer des visites sur place chez les fournisseurs situés en amont de la chaîne d'approvisionnement. Elles pourront faire des contrôles dans les zones de conflit ou à haut risque d'où proviennent les minerais ou par lesquelles ils transitent, de manière à obtenir des informations sur leurs fournisseurs et sur les conditions d'extraction, de commerce, de transbordement et d'exportation. Les contrôles pourront viser des fonderies ou des affineries et s'effectuer par le truchement d'un programme soutenu par la branche ou d'une institution.

Let. b

Renseignements provenant par exemple des autorités, des organisations internationales et de la société civile :

Les renseignements ne sauraient reposer sur la propagation de rumeurs. Ils devront être plausibles et vérifiables et reposer sur des preuves écrites. Les entreprises pourront recueillir des informations auprès des sources les plus diverses, afin d'obtenir un aperçu objectif de la situation. L'expression *société civile* désigne entre autres des associations bénévoles, des fondations, des initiatives, des ONG, des organisations sans but lucratif, des syndicats et des acteurs du secteur privé. Parmi les organisations internationales, on compte notamment les Nations Unies, l'OIT, l'UNICEF et l'OCDE.

Let. c

Concours d'experts et consultation de littérature spécialisée :

Les études consultées devront être publiques. Les experts auront quant à eux des connaissances relatives aux aspects figurant dans le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit, et notamment relatives aux risques particuliers liés aux conflits (par ex. en rapport avec les droits de l'homme, le droit international humanitaire, la corruption, la criminalité financière, les parties aux conflits et le financement de ces parties ou la transparence), à la nature et à la forme de la chaîne d'approvisionnement en minerais et aux normes et procédures figurant dans le guide. L'entreprise pourra également consulter des rapports de fond, c'est-à-dire des documents non scientifiques mais qui n'en contiennent pas moins des informations importantes (établis par ex. dans le cadre du *Responsible Mining Index* ou de l'Initiative pour la transparence des industries extractives).

Let. d

Garanties obtenues auprès des opérateurs économiques et acteurs de la chaîne d'approvisionnement et d'autres partenaires commerciaux :

Dans les contrats qu'elles concluent avec les opérateurs économiques et acteurs de la chaîne d'approvisionnement, en particulier leurs fournisseurs, et d'autres partenaires commerciaux (notamment leurs clients), les entreprises pourront demander qu'ils donnent des garanties qu'ils ne font pas le commerce ni ne transforment de minerais et métaux provenant de zones de conflit ou à haut risque.

Let. e

Application de normes reconnues et de systèmes de certification :

Les « normes reconnues et systèmes de certification » désignent en premier lieu les initiatives visant à promouvoir la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement, en phase avec le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit. Il s'agit par exemple des initiatives suivantes : *Conflict-Free Smelter Program*, *Conflict Free Gold Standard* du *World Gold Council*, *Responsible Gold Guidance* de la *London Bullion Market Association*, *Chain-of-Custody* et *Code of Practices* du *Responsible Jewellery Council* ou *Fairmined Standard for Gold from Artisanal and Small-Scale Mining* de l'*Alliance of Responsible Mining*.

Conformément à l'al. 3, l'entreprise se fondera sur les annexes I et II du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit pour définir sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement dans le domaine des minerais et métaux.

Art. 8 Politique relative à la chaîne d'approvisionnement dans le domaine du travail des enfants

Conformément à l'al. 1, les entreprises consigneront par écrit leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement dans le domaine du travail des enfants dans leur système de gestion. Ils prendront appui notamment sur l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants (voir le commentaire de l'al. 3).

L'al. 1 comporte une liste non exhaustive d'engagements de l'entreprise.

Let. a

L'entreprise respecte les devoirs de diligence dans sa chaîne d'approvisionnement lorsqu'elle propose des biens ou services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants.

L'entreprise devra démontrer, documents à l'appui, qu'elle respecte l'engagement visé à la *let. a* et conservera ces documents à l'interne. Elle intégrera aussi cette exigence dans les contrats avec ses fournisseurs (voir la *let. b*). La politique de l'entreprise relative à la chaîne d'approvisionnement désigne sa stratégie en la matière. Elle pourra également demander des garanties à ses fournisseurs.

Let. b

Elle donne à ses fournisseurs et au public des informations à jour et dépourvues d'ambiguïté sur sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement et intègre celle-ci dans les contrats qu'elle conclut avec ses fournisseurs.

Voir le commentaire de l'art. 7, al. 1, let. b.

Let. c

Elle se conforme aux législations nationales applicables à la chaîne d'approvisionnement et applique au moins les conventions de l'OIT n° 138 et 182.

Les conventions n° 138 et 182 de l'OIT sont des normes internationalement reconnues sur le travail des enfants. Elles ont un caractère minimal. C'est pourquoi on utilise dans la disposition la notion « au moins ». Les entreprises devront également respecter les législations nationales, notamment si elles vont plus loin que les conventions n° 138 et 182 de l'OIT.

Let. d

Elle enquête sur les indications relatives à des cas de travail des enfants, adopte des mesures adéquates et communique le résultat de ces mesures.

Les indications relatives à des cas de travail des enfants découleront notamment de l'examen mené en amont pour mettre en évidence des soupçons de travail des enfants conformément à l'art. 964^{quinquies}, al. 3, CO en relation avec l'art. 1, let. f, de l'ordonnance. Elles pourront résulter également de l'identification et de l'évaluation des risques d'effets néfastes dans le domaine du travail des enfants. Une fois ces soupçons mis en évidence et le plan de gestion des risques établi, les entreprises prendront des mesures adéquates, c'est-à-dire raisonnables. Elles assureront le suivi de ces mesures et examineront leurs résultats. La marche à suivre en cas d'indications relatives à des cas de travail des enfants est décrite dans le détail dans l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants.

Let. e

Elle veille à permettre à toute personne intéressée de faire part de ses préoccupations concernant le travail des enfants dans la chaîne d'approvisionnement.

Cette disposition institue un mécanisme d'alerte avancée qui a pour but d'identifier les risques. Il permettra à toutes les parties intéressées d'exprimer leurs préoccupations à

l'entreprise quant au travail des enfants dans sa chaîne d'approvisionnement. Les entreprises pourront gérer un tel mécanisme en concluant des accords avec d'autres acteurs économiques (par ex. des associations économiques) ou des organisations (par ex. des ONG). Il est également envisageable pour les entreprises de s'associer des experts ou des organismes privés externes ou encore de mettre sur pied un bureau de médiation.

Les entreprises pourront employer différents instruments pour identifier, évaluer, éliminer, prévenir et donc réduire au minimum les effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement. Ces instruments sont évoqués à l'al. 2, en relation avec l'art. 7, al. 2, let. a à e (voir le commentaire de l'art. 7, al. 2). Les instruments qu'une entreprise utilise figureront expressément dans le document stratégique décrivant sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement.

Conformément à l'al. 3, l'entreprise se fondera sur l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants pour définir sa politique relative à la chaîne d'approvisionnement. Cet outil permet aux sociétés de répondre aux prescriptions en matière de diligence raisonnable établies dans les principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, pour autant qu'elles concernent le travail des enfants.

Art. 9 Système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement dans le domaine des minerais et métaux

L'al. 1 énonce que le système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux requiert une liste de tous les sites d'extraction en amont de la chaîne d'approvisionnement en minerais et en métaux. Les entreprises y indiqueront la raison sociale des fournisseurs, leur siège, etc. (voir l'al. 2, let. b, c et d). L'amont de la chaîne d'approvisionnement désigne la chaîne d'approvisionnement en minerais depuis les sites d'extraction (mines artisanales ou mines géantes), en passant par les négociants ou sociétés d'exportation sis dans les pays d'origine des minerais, les négociants internationaux en concentrés de minerais et les sociétés transformatrices de minerais, jusqu'aux fonderies et affineries. L'aval de la chaîne d'approvisionnement en métaux débute par conséquent à la fonderie ou à l'affinerie et s'arrête au produit final. Comme le précisent les explications générales fournies au ch. 2.5, le système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement devra viser la meilleure traçabilité possible (devoir d'effort).

Le système de traçabilité comportera les informations suivantes, documents à l'appui :

Let. a. Description du minerai ou du métal, y compris son nom commercial

Voir l'annexe, parties A et B. Pour décrire le minerai ou le métal, l'entreprise pourra utiliser les désignations et les numéros tarifaires figurant en annexe.

Let. b. Nom et adresse du fournisseur

Le « nom » au sens de l'ordonnance est la raison sociale lorsqu'il s'agit de personnes juridiques et de sociétés commerciales ou le nom de personnes physiques, d'associations ou de fondations. L'« adresse » désigne l'adresse du domicile et le pays du fournisseur.

Let. c. Pays d'origine du minerai

Par pays d'origine, on entend le pays où le minerai a été extrait.

Let. d. Pour les métaux, le nom et l'adresse des fonderies et affineries intervenant dans la chaîne d'approvisionnement

Par nom, on entend, au sens de l'ordonnance, la raison sociale s'il s'agit de personnes morales ou de sociétés commerciales ou le nom de personnes physiques, d'associations ou de fondations. L'adresse désigne le domicile des fonderies et affineries et le pays où elles se trouvent.

Let. e. Pour les minerais, le cas échéant, les quantités extraites exprimées en volume ou en poids et les dates d'extraction

Cette disposition ne concerne que les minerais. Pour ceux-ci, les devoirs de diligence s'étendent du site d'extraction jusqu'à la fonderie ou l'affinerie. S'ils sont connus, l'entreprise indiquera les quantités extraites (en m³ ou en kg) et les dates d'extraction (année et jours).

Let. f. Pour les minerais qui proviennent de zones de conflit ou à haut risque ou pour lesquels l'entreprise a constaté d'autres risques affectant la chaîne d'approvisionnement tels qu'énumérés dans le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit : d'autres informations conformément aux recommandations spécifiques pour les opérateurs économiques en amont mentionnées dans ledit guide, telles que la mine d'origine, les lieux où les minerais sont groupés avec d'autres minerais, commercialisés ou transformés, ainsi que les impôts, droits et redevances versés

Les « autres risques affectant la chaîne d'approvisionnement » sont ceux énumérés à l'annexe II du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit, à savoir la corruption, le blanchiment d'argent ou encore le versement de taxes, droits et redevances aux gouvernements. Les informations à citer figurent dans le supplément sur l'étain, le tantal et le tungstène du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit.

Let. g. Pour les métaux, le cas échéant, des relevés des rapports sur les vérifications effectuées par des tiers dans les fonderies et affineries

Cette disposition ne concerne que les métaux. Pour ceux-ci, les devoirs de diligence débutent après le stade de la fonderie ou de l'affinerie. Si l'entreprise en dispose, elle renverra aux rapports sur les vérifications effectuées par des tiers (c-à-d des experts indépendants) dans les fonderies et affineries.

Let. h. Pour les métaux, en l'absence des relevés visés à la let. g :

Ch. 1:

Conformément au ch. 1, l'entreprise inscrira dans son système de traçabilité les pays d'origine des minerais présents dans la chaîne d'approvisionnement des fonderies et affineries en l'absence des relevés visés à la let. g. Par « pays d'origine », on entend le pays dans lequel le minerai a été extrait.

Ch. 2:

Par « autres informations » au sens du *ch. 2*, on entend celles énumérées dans le supplément sur l'étain, le tantale et le tungstène du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit. Il s'agit en particulier des informations réunies sur les pays d'origine des minerais, les itinéraires de transport et de transit empruntés, et ce dans les chaînes d'approvisionnement de chaque fonderie et affinerie.

L'*al. 3* régit le système de traçabilité des sous-produits : pour ceux-ci, l'entreprise fournira des informations, documents à l'appui, à commencer par le lieu d'origine de ces sous-produits, à savoir le lieu où le sous-produit est pour la première fois séparé de son minerai ou métal primaire ne relevant pas du champ d'application de l'ordonnance. Pour le sous-produit « or », elle indiquera par exemple les lieux où des traces d'or ont été obtenues pour la première fois à partir du minerai d'origine (par ex. la fonderie).

Art. 10 Système permettant d'établir une traçabilité de la chaîne d'approvisionnement en matière de travail des enfants

L'*al. 1* énonce que le système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement en minerais et métaux requiert une liste de tous les sites de production et prestataires en amont de la chaîne d'approvisionnement. L'amont de la chaîne d'approvisionnement désigne tous les acteurs qui sont situés avant l'entreprise dans la chaîne de production et qui lui fournissent des prestations (de valeur ajoutée) pour ses biens ou services. Ces sites de production et prestataires devront être clairement identifiables, notamment à l'aide de leur raison sociale, de leur siège (commune politique), de l'adresse de leur domicile et du pays dans lequel se trouve le siège.

S'il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants au sens de l'art. 1, let. f, les entreprises concernées devront fournir des documents décrivant les biens ou services de manière détaillée, en y incluant leur nom commercial (al. 2, let. a).

Elles devront en outre indiquer qui est le fournisseur et quel est le site de production ou le prestataire (al. 2, let. b), « nom » étant un terme générique désignant la raison sociale pour les personnes morales et les sociétés commerciales ou le nom de personnes physiques, associations ou fondations. « Adresse » désigne l'adresse du domicile et le pays.

Il pourra en pratique s'avérer plus difficile d'établir la traçabilité de la chaîne d'approvisionnement dans le domaine du travail des enfants que dans celui des minerais et métaux provenant de zones de conflit, notamment pour les biens dont les multiples composants proviennent de pays divers. Le système de traçabilité visera à établir la traçabilité du mieux possible (devoir d'effort). Il s'agira d'appliquer une approche fondée sur les risques, notamment pour les chaînes d'approvisionnement complexes. Pour chaque chaîne d'approvisionnement prise isolément le système et l'intensité du suivi répondront à un ordre de priorité fondé sur les risques. Plus le risque de travail des enfants est élevé, plus l'examen à mener sera intense et approfondi.

Art. 11 Identification et évaluation des risques

L'*al. 1* dispose que les entreprises, conformément à l'art. 964^{sexies}, al. 2, CO, identifieront et évalueront les risques dans leur chaîne d'approvisionnement. Elles s'appuieront

pour ce faire notamment sur leur politique relative à la chaîne d'approvisionnement au sens des art. 7 et 8 et sur les informations fournies en application des art. 9, al. 2, et 10, al. 2. Elles tiendront compte également de la probabilité qu'un risque se réalise et de l'ampleur des effets néfastes escomptés. Là aussi, comme pour la traçabilité de la chaîne d'approvisionnement, les entreprises devront se conformer à un devoir d'effort et assurer au mieux l'identification et l'évaluation des risques.

Minerais et métaux

Al. 2 : Pour identifier et évaluer les risques liés aux minerais provenant de zones de conflit, les entreprises s'appuieront notamment sur l'annexe I du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit. On renvoie en particulier à la recommandation (UE) 2018/1149. Elle indique qu'il faut procéder à un examen critique et être attentif aux signaux d'alerte quant à l'origine des minerais et à leurs zones de transit, mais aussi quant aux fournisseurs ou à des circonstances inhabituelles qui laissent présager que les minerais pourraient avoir contribué à un conflit ou à de graves exactions en relation avec leur extraction, transport ou négoce. Le devoir de diligence est une approche graduelle fondée sur les risques. Les entreprises doivent par conséquent agir avec une diligence d'autant plus grande que les signaux d'alerte sont forts et que les risques sont élevés. La recommandation (UE) 2018/1149 propose des indicateurs et des sources d'information servant à l'identification des signaux d'alerte. Ils sont conformes au guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit. Par exemple, les entreprises confrontées à des signaux d'alerte ayant trait à l'origine ou au transport des minerais devraient examiner les problèmes de gouvernance et autres problèmes rencontrés par les pays ou les zones concernés pour déterminer s'ils ont le contrôle de leurs frontières et s'ils appliquent des mécanismes internes de contrôle suffisamment puissants pour imposer une traçabilité crédible (document à l'appui) et contrer les risques liés au transit en cas de gouvernance déficiente.

Travail des enfants

Al. 2 : Pour identifier et évaluer les risques liés au travail des enfants, les entreprises s'appuieront notamment sur l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE du 15 décembre 2015 sur le travail des enfants. Là aussi, les entreprises, comme dans le domaine des minerais et métaux, suivront une approche fondée sur les risques.

Art. 12 Plan de gestion des risques et mesures

Plan de gestion des risques

L'al. 1 dispose, conformément à l'art. 964^{sexies}, al. 2, CO, que les entreprises devront *réagir* aux risques identifiés et évalués. Elles développeront et mettront en œuvre une stratégie dans le cadre d'un plan de gestion des risques établi en la forme écrite en fonction des risques d'effets néfastes identifiés et évalués dans les domaines des minerais et métaux et du travail des enfants, en application de l'art. 11. Cette stratégie leur permettra de prévenir les risques identifiés ou de les atténuer. Le plan de gestion des risques décrira les risques identifiés, mais aussi les méthodes utilisées par l'entreprise pour identifier, analyser et pondérer les risques d'effets néfastes de son activité dans la chaîne d'approvisionnement. Il décrira les effets néfastes qui se sont déjà pro-

duits, l'approche qu'adopte l'entreprise pour réduire les risques et les résultats intermédiaires des mesures adoptées. Il prendra en compte aussi l'évaluation des risques identifiés, la probabilité que les effets néfastes se produisent et l'ampleur des effets néfastes escomptés. La loi ne prescrit pas le degré de détail du plan, qui dépend du type et de la taille de l'entreprise, ainsi que de la nature de son activité.

Conformément à l'al. 2, les entreprises se fonderont notamment sur l'annexe I du guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit et sur l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants pour élaborer leur plan de gestion des risques.

Mesures

Al. 3 : Les entreprises prendront des mesures en vue d'éliminer, de prévenir ou de réduire au minimum les risques identifiés et évalués dans leur chaîne d'approvisionnement dans les domaines des minerais et métaux et du travail des enfants en se fondant sur leur plan de gestion des risques.

S'agissant des minerais et métaux, les entreprises prendront notamment les mesures préconisées par le guide OCDE sur les minerais provenant de zones de conflit et en particulier par son annexe III. Une entreprise suisse pourra par exemple demander que son fournisseur étranger instaure de meilleures conditions de travail tout en maintenant ses relations d'affaires avec lui à ce stade. Elle assurera ensuite un suivi du résultat des efforts entrepris pour réduire les risques. Si les améliorations se font attendre, elle pourra interrompre provisoirement les relations d'affaires. Elle rompra définitivement avec son fournisseur ou prestataire dans les cas extrêmes, notamment si celui-ci commet des violations graves des droits de l'homme (incluant les formes les plus graves de travail des enfants, le travail forcé ou la torture) ou s'il soutient directement ou indirectement des groupes armés non étatiques.

S'agissant du travail des enfants, les entreprises se fonderont sur l'outil d'orientation du BIT et de l'OIE sur le travail des enfants.

Art. 13 Vérification dans le domaine des minerais et métaux

L'art. 964^{sexies}, al. 3, CO dispose que le respect des devoirs de diligence dans le domaine des minerais et métaux fait l'objet d'une vérification par un expert indépendant. Conformément à l'al. 1, la vérification sera réalisée chaque année par une entreprise de révision agréée en qualité d'expert-réviseur par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision, lequel adressera un rapport à l'organe supérieur de direction ou d'administration. Les dispositions sur l'indépendance de l'organe de révision (art. 728 CO) s'appliqueront par analogie. Le recours à une entreprise de révision garantit par ailleurs l'application de procédures standard et dès lors la comparabilité des rapports de révision. L'expert-réviseur devra être agréé.

Al. 2 : L'entreprise de révision fournira une « assurance négative », c'est-à-dire qu'elle contrôlera s'il existe des faits dont il résulte que l'entreprise n'a pas respecté ses devoirs de diligence au sens des art. 964^{sexies}, al. 1 et 2, CO.

2.6

Rapport consolidé

Art. 14

Toute personne morale tenue d'établir des comptes qui contrôle une ou plusieurs entreprises tenues d'établir des comptes doit inclure dans son rapport de gestion des comptes annuels consolidés (comptes consolidés) portant sur l'ensemble des entreprises qu'elle contrôle (art. 963, al. 1, CO). Selon l'*al. 1*, une entreprise tenue d'établir des comptes annuels consolidés qui est soumise aux devoirs de diligence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (art. 964^{quinquies} CO) établira son rapport au sens de l'art. 964^{septies} CO sous forme consolidée (voir également le commentaire de l'art. 2, al. 2).

L'*al. 2* vise à éviter aux entreprises des tâches superflues. Si une entreprise ayant son siège en Suisse est incluse dans un rapport établi conformément à des dispositions équivalentes (let. b) par une autre entreprise ayant son siège à l'étranger (let. a), elle ne sera pas tenue d'établir son propre rapport. Dans ce cas, elle indiquera dans l'annexe aux comptes annuels le nom de l'autre entreprise qui établit le rapport dans lequel elle est incluse et publiera ce rapport (al. 3).

2.7 Annexe

L'annexe se compose de deux tableaux (parties A et B). La partie A comporte les seuils de volume d'importation et de transformation pour les minerais, la partie B pour les métaux. Chacun des tableaux se subdivise en trois colonnes, avec (i) la désignation exacte des minerais ou métaux, (ii) le numéro tarifaire et (iii) les seuils de volume d'importation et de transformation, ces derniers reposant sur le règlement (UE) 2017/821. Le règlement européen comporte de plus une colonne consacrée à la subdivision TARIC, qui n'a pas été reprise car elle ne revêt pas d'importance pour la Suisse. Le code NC du règlement a été remplacé par le numéro tarifaire utilisé en Suisse. Les seuils de volume sont exprimés en kg par an (voir l'art. 964^{quinquies}, al. 2, CO).

3 Conséquences

3.1 Conséquences pour la Confédération

La nouvelle réglementation n'aura pas de conséquences sur le personnel de la Confédération. L'ordonnance n'institue pas en particulier de nouvelle autorité (de surveillance ou de contrôle). Les nouveaux devoirs s'appliqueront exclusivement aux entreprises concernées, les autorités n'auront ni nouvelles compétences ni nouvelles obligations.

3.2 Conséquences pour les cantons

La nouvelle réglementation n'aura pas de conséquences sur le personnel des cantons. L'ordonnance n'institue pas en particulier de nouvelle autorité (de surveillance ou de contrôle). Les nouveaux devoirs s'appliqueront exclusivement aux entreprises concernées, les autorités n'auront ni nouvelles compétences ni nouvelles obligations.

3.3 Conséquences économiques

La charge administrative des entreprises concernées par la nouvelle réglementation augmentera ponctuellement. Il faut néanmoins souligner que ces règles sont harmonisées à l'échelon international, en particulier avec l'UE. On évite de la sorte que les entreprises concernées aient à subir des distorsions de concurrence. Cette charge administrative est à mettre en relation avec les avantages que les entreprises retireront de la nouvelle réglementation, même s'ils sont difficilement chiffrables. Si les entreprises respectent ces règles, il sera possible de limiter le commerce et la transformation de minerais provenant de zones de conflit et de réduire le risque de travail des enfants dans la chaîne d'approvisionnement. Autre effet bénéfique : les entreprises courront moins de risques de subir des dommages à leur réputation ou d'être poursuivies en justice pour la violation de normes de responsabilité. Certaines grandes entreprises qui ont leur siège ou leur établissement à l'étranger doivent aujourd'hui déjà se soumettre à des règles semblables en vertu de la législation qui s'y applique. Il faut rappeler à cet égard qu'une entreprise suisse incluse dans un rapport équivalent (à l'étranger) pourra se contenter d'indiquer dans l'annexe aux comptes annuels le nom de l'autre entreprise qui établit le rapport dans lequel elle est incluse et de publier ce rapport (art. 14, al. 3).

Les coûts supplémentaires pour l'économie résultent essentiellement des nouvelles obligations légales inscrites dans le CO et du nombre d'entreprises concernées. Pour estimer le nombre d'entreprises qui dépassent les valeurs-seuils fixées à l'art. 4 et seront dès lors soumises aux devoirs de diligence dans le domaine du travail des enfants, on peut se reporter aux statistiques suivantes : (i) l'OFS dénombre 1679 entreprises ayant un effectif de plus de 250 emplois à plein temps en Suisse²⁰ ; (ii) d'après la statistique de la taxe sur la valeur ajoutée 2017, ce sont 4597 entreprises qui, cette année-là, avaient un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions de francs²¹.

²⁰ www.pme.admin.ch > Faits et tendances > Faits et chiffres sur les PME en Suisse > Chiffres sur les PME > Entreprises et emplois ; voir également la statistique structurelle des entreprises (STATENT) de l'OFS.

²¹ La taxe sur la valeur ajoutée en Suisse en 2017, Résultats et commentaires, p. 47 (www.estv.admin.ch/estv/fr/home.html > Politique fiscale Statistiques fiscales Publications > Statistiques fiscales > Informations spécialisées > Statistiques fiscales > Taxe sur la valeur ajoutée > Taxe sur la valeur ajoutée 2017).