

Hopfenweg 21
PF/CP 5775
CH-3001 Bern
T 031 370 21 11
info@travailsuisse.ch
www.travailsuisse.ch

DFJP
Madame Karin Keller-Sutter
Conseillère fédérale et cheffe du
Département
Palais fédéral, Berne

Courriel: ehra@bj.admin.ch

Berne le 30 juin 2021

Ordonnance sur le devoir de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants (ODiTr). Consultation.

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de nous donner la possibilité d'exprimer notre avis sur ce projet et c'est bien volontiers que nous vous le faisons parvenir. Cette prise de position se base en grande partie sur celle élaborée par l'Association pour des multinationales responsables dont fait partie Travail.Suisse. Avant d'entrer dans certains détails des dispositions prévues, voici quelques considérations générales.

1. Considérations générales

Travail.Suisse, l'organisation faîtière indépendante des travailleurs et travailleuses, avait soutenu l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dite aussi Initiative pour des multinationales responsables, qui a été rejetée le 29 novembre 2020 à cause de la double majorité (14.5 cantons ont voté non) alors que 50,7 % des votant-e-s l'avait approuvée. Travail.Suisse continuera de s'engager pour des règles s'appliquant aux groupes, dont le siège se trouve en Suisse, qui soient à la hauteur des évolutions internationales et qui contribuent efficacement à protéger les droits humains, du travail et l'environnement dans les pays du Sud.

1.1 Loi du contre-projet dépassée

Travail.Suisse a considéré comme insuffisante la loi du contre-projet parce qu'elle ne comprend pour l'essentiel qu'une obligation de produire un rapport non-financier, et que dans les cas où elle va au-delà, elle exclut arbitrairement certains thèmes, renonce à tout mécanisme de contrôle et de sanction.

La critique concerne des points fondamentaux qui s'appuient, d'une part, sur les normes et évolutions internationales et, d'autre part, sur des principes constitutionnels essentiels :

- (1) Le projet ne prévoit pas de devoirs de diligence transversaux, mais se contente pour l'essentiel de **l'élaboration de rapports**.
- (2) Là où le projet reconnaît très **ponctuellement** des **devoirs de diligence**, les **thèmes** choisis en la matière sont **arbitraires**. En effet, la réglementation se limite au travail des enfants et à quelques minerais de conflit et ne s'attaque pas, conformément aux normes et aux évolutions internationales, à des problèmes au moins tout aussi importants comme le travail forcé et l'esclavage, les travaux nocifs pour la santé, l'expropriation, la disparition des moyens de subsistance naturels ainsi que la question toujours plus urgente de la destruction de l'environnement.
- (3) La diligence imposée par la loi est une « **obligation** » **sans application**, que ce soit au niveau du droit civil, pénal ou administratif. La violation du devoir de diligence n'est sanctionnée par aucune conséquence juridique. La norme pénale minimaliste ne porte que sur l'élaboration de rapports. Le projet reste attaché à une approche que non seulement l'UE, mais en particulier nos plus grands voisins à savoir la France et l'Allemagne, ont considérée comme largement insuffisante au regard de son impact sur la base d'une analyse empirique approfondie du comportement des entreprises.

Un tel projet est **inefficace, arbitraire et dépassé dans un contexte international**. C'est pourquoi il faut prévoir un devoir de diligence étendu couvrant tous les droits humains, y compris les droits fondamentaux du travail, et les aspects environnementaux pertinents. Ce devoir doit être assorti de moyens d'application efficaces, que ce soit au niveau du droit civil ou à titre complémentaire du droit pénal et administratif.

1.2 Le temps est venu pour que le Conseil fédéral prévoie un nouveau projet législatif

Au vu de l'évolution internationale en cours sur les devoirs de diligence, en particulier dans l'UE et chez nos voisins directs (Allemagne et France), Travail.Suisse propose que le Conseil fédéral ne se contente pas seulement d'une mise en œuvre du contre-projet législatif indirect via l'ordonnance mais joue un rôle de leadership en proposant une nouvelle législation. En effet, l'UE avec la toute récente proposition de directive sur le devoir de diligence des entreprises d'après [la résolution du Parlement européen](#) du 10 mars 2021 et, en amont de cette décision, de nombreux États européens aussi s'engagent désormais dans cette voie. Parmi ceux-ci figurent nos plus grands voisins directs comme la France ([loi relative au devoir de vigilance](#), en vigueur depuis 2017) et l'Allemagne ([loi sur les chaînes d'approvisionnement](#)), adoptée le 11 juin 2021).

Sinon, notre pays se retrouvera rapidement à la traîne en matière de responsabilité sociale des grandes entreprises, ce qui provoquera un dégât d'image et un effet négatif pour la place économique suisse, sa compétitivité et les emplois. Il devient possible dans le nouveau contexte actuel de réunir une majorité pour un projet de loi adéquat sur la diligence et la transparence des entreprises multinationales car le principal argument des opposants à l'initiative pour des multinationales responsables – le cavalier seul de la Suisse – est en train de tomber. Faute d'une législation plus contraignante – ce n'est plus le cavalier seul qui poserait problème, mais plutôt le fait que la Suisse n'avance même pas au pas alors que ses voisins sont déjà au trot et certains galoperaient presque en comparaison avec la Suisse. La

prétention du contre-projet d'emprunter une voie au diapason des autres pays, ne résiste donc pas à une comparaison avec la réalité internationale.

2. Consultation sur l'ordonnance – critiques et propositions

Au vu de l'excellent score réalisé par l'initiative pour des multinationales responsables, Travail.Suisse attend donc au minimum la mise en œuvre la plus ambitieuse possible du contre-projet indirect, adopté par le Parlement. Or, avec l'ordonnance d'exécution dans sa version actuelle, le Conseil fédéral n'utilise absolument pas toute la latitude que donne la loi, mais au contraire dilue encore plus la réglementation de sorte que, in fine, peu d'entreprises seront concernées par les obligations de diligence en matière de travail des enfants et de minerais provenant des zones de conflit. Le projet aggrave encore plus les faiblesses du projet récapitulées plus haut, et ce concernant les problèmes de fond suivants :

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

2.1 Exemptions excessives du devoir de diligence et de transparence

2.1.1 Erreurs systémiques

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

Les exemptions sont caractérisées par deux erreurs systémiques :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1.3 Exemptions supplémentaires pour le travail des enfants

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

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

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

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

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

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

2.1.4 Exemptions supplémentaires pour les minerais de conflit

A. Valeurs-seuils trop élevées

La reprise des valeurs-seuils européennes en dessous desquelles l'importation et la transformation des minerais de conflit sont exemptées du devoir de diligence est critiquable de deux points de vue. Premièrement, pour déterminer les volumes d'importation, le projet d'ordonnance doit respecter l'objectif du [règlement européen sur les minerais provenant de zones de conflit](#) qui sert de modèle. Travail.Suisse exige donc la preuve que les valeurs-seuils fixées couvrent, comme le règlement européen, au moins 95 % des volumes importés et transformés en Suisse pour chaque minerai et métal. Si ce n'est pas le cas, ces seuils doivent être adaptés. Le projet d'ordonnance n'a à ce jour pas encore fourni cette preuve. Deuxièmement, même la branche concernée au niveau européen considère comme trop élevé le seuil pour l'or aussi prévu pour la Suisse par le projet d'ordonnance ([European Precious Metals Federation](#)) : elle plaide pour un abaissement des seuils au plus tard lors de la révision du règlement européen en 2023. La Suisse doit entendre cet appel des professionnels dans sa réglementation, qui s'appliquera au plus tôt à l'exercice 2023, et abaisser les valeurs-seuils pour la Suisse en concertation avec ladite branche. Ce copier-coller irréfléchi des valeurs-seuils européennes peut justement conduire à exclure de la réglementation les nombreux acteurs, plus petits mais hautement spécialisés établis en Suisse (dans la fabrication des composants ou la finition notamment dans le secteur de l'or). Des valeurs-seuils d'importation et de transformation élevées constituent un problème de taille parce que de petites quantités d'or en provenance de pays en conflit sont parfois importées en Suisse. En règle générale, les négociants établis en Suisse importent de l'or pour le vendre à des raffineries suisses. De même, il convient de clarifier sur plusieurs points que la réglementation concerne le commerce de transit éminemment important pour la Suisse (le Conseil fédéral doit encore fournir les données nécessaires en ce qui concerne les minerais de conflit).

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

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

C. Exception contraire à la loi pour les métaux recyclés

L'exception pour l'importation et la transformation de métaux recyclés se situe en dehors du champ de la délégation légale ainsi que de la compétence concrète de l'ordonnance. La loi indique seulement que le Conseil fédéral fixe les volumes d'importation en dessous desquels les entreprises sont

exemptes. Aucun autre motif d'exclusion n'est prévu. L'exemption du devoir de diligence et de transparence pour les métaux recyclés est contraire à la loi et doit être supprimée purement et simplement. L'abandon de cette disposition est également pertinent dans la pratique. Pensons par exemple aux bijoux recyclés importés en Suisse depuis les Émirats arabes unis ou des destinations similaires.

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

La conclusion est claire : après les diverses restrictions de l'ordonnance, qui sont inadaptées ou contraires à la loi ou au droit international, il ne reste que très peu d'entreprises qui se soumettent volontairement aux obligations légales de diligence et de transparence. Il appartient au Conseil fédéral de démentir cette conclusion. À la fois en apportant les améliorations proposées et en estimant, après les ajustements éventuels, le nombre d'entreprises susceptibles d'être finalement concernées par la législation. Il incombe au Conseil fédéral de procéder à ces estimations sous le titre « Conséquences économiques ».

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

2.2.1 Réserves fondamentales

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

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

- Premièrement, le cahier des charges en matière de diligence est **incomplet** sur certains points essentiels.
- Deuxièmement, il **contredit** les normes internationales sur des aspects importants.
- Troisièmement, les devoirs de diligence sont présentés de manière statique dans l'ordonnance, c'est-à-dire **uniquement** par des **renvois explicites épars** aux réglementations internationales en constante évolution.
- Quatrièmement, les règles s'inspirent de **réglementations** qui, en raison de leur approche limitée, sont déjà **dépassées** au niveau international.

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

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

2.2.2 Les différentes critiques avec suggestions

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

Clarifier ce que l'on entend par « travail (abusif) des enfants » est utile aussi bien aux personnes concernées qu'aux entreprises et envoie un signal clair. Ce terme doit donc figurer dans le texte de l'ordonnance. Les explications ne sont pas indiquées pour cela. De plus, les explications qui figurent sont, d'une part, difficilement compréhensibles. D'autre part, elles donnent « la priorité » en résumé aux « pires formes de travail des enfants » (comme la traite des enfants ou l'esclavage) au lieu de suivre une définition plus large couvrant d'autres aspects du travail des enfants. De ce point de vue, il convient notamment de préciser clairement dans le texte de l'ordonnance que le travail des moins de 15 ans est interdit dans tous les cas conformément à la convention n° 138 de l'OIT.

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

Conformément aux normes internationales, le devoir de diligence de la chaîne d'approvisionnement (ou plutôt de la chaîne de création de valeur) doit être étendu non seulement aux étapes en amont d'une entreprise (c.-à-d. les fournisseurs, etc.), mais aussi aux étapes en aval (c.-à-d. la clientèle). Le projet d'ordonnance s'est toutefois écarté de cette conception internationalement reconnue, du moins en ce qui concerne le travail des enfants. Selon le libellé, l'expression « proposer des produits ou des services » ne couvre que l'amont, autrement dit l'offre de produits ou de services aux entreprises suisses. L'aval n'est pas couvert, c'est-à-dire la vente par des entreprises suisses de produits ou de services à des acteurs ayant par la suite recours au travail des enfants. Le travail des enfants peut aussi toucher le marché de vente, par ex. lorsqu'un groupe agroalimentaire suisse vend des pesticides qui sont utilisés dans des plantations et qui nuisent à la santé des enfants travaillant dans les champs. On peut facilement imaginer d'autres cas de figure. Pour que ces situations soient aussi couvertes, le terme « chaîne d'approvisionnement », utilisé dans l'ordonnance, doit être remplacé pour être conforme au droit international.

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

Selon les [Principes directeurs des Nations unies](#) et les [directives de l'OCDE](#) référencées dans le contre-projet, le devoir de diligence doit en principe couvrir toute la chaîne de création de valeur, soit toutes les relations commerciales. Cela signifie que toutes les relations commerciales envers les fournisseurs de produits ou les prestataires de services doivent être soumises à une diligence raisonnable. La

vérification par les entreprises se limite, dans une approche proportionnée, aux impacts directement liés à l'activité commerciale, aux produits ou aux services de l'entreprise (directly linked). Les risques qui ne sont pas directement liés à l'activité commerciale de l'entreprise sont de ce fait exclus de l'obligation de vérification. En outre, l'approche fondée sur les risques qui est prévue est un facteur de restriction supplémentaire : la diligence exigée s'appuie sur les conséquences les plus graves de l'activité de l'entreprise sur l'être humain et l'environnement. En revanche, une obligation de vérification qui ne se limiterait qu'au premier niveau (first tier) de la chaîne d'approvisionnement ou de création de valeur serait largement insuffisante en réalité, car les problèmes surviennent souvent avant tout aux plus bas niveaux. Pour prendre une image, le travail des enfants par exemple a lieu principalement dans la plantation de café, de sorte qu'un devoir de diligence se limitant au niveau du grossiste pour le café torréfié n'aurait pas de sens.

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

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

Le rapport explicatif du projet d'ordonnance introduit la qualification supplémentaire du « devoir d'effort » en ce qui concerne le degré d'obligation du devoir de diligence. Ce terme est étranger au droit suisse dans le contexte qui nous occupe des processus de due diligence et de la compliance des entreprises. Notre ordre juridique distingue habituellement le « devoir d'agir » du « devoir de réussite ». La communauté internationale aussi utilise des termes comparables en matière de Business & Human Rights. Elle assigne à la « mandatory Human Rights Due Diligence (mHRDD) » des devoirs d'agir et non des devoirs de réussite, même si, à certains égards, des voix isolées sous-entendent même un devoir de réussite. En tout cas, les [Principes directeurs des Nations unies](#) et les [directives de l'OCDE](#) exigent au minimum d'agir de manière proportionnée pour identifier les risques réels et potentiels, éviter autant que possible l'apparition du risque et, dans le cas contraire, prendre les mesures correctives nécessaires (par la minimisation et la réparation). Plutôt qu'une tolérance zéro, l'action se traduit par une amélioration continue. Il est question d'un devoir d'agir pour œuvrer dans une certaine direction.

On peine à comprendre pourquoi le projet d'ordonnance renonce consciemment ou inconsciemment au terme pertinent de « devoir d'agir » pour décrire ces obligations et évoque à la place un « devoir

d'effort ». Par cette création terminologique, il donne l'impression de créer entre le devoir de transparence et le devoir d'agir une catégorie intermédiaire d'obligation atténuée et de vouloir y ranger le devoir de diligence. Il convient donc de clarifier ce point et de parler systématiquement de « devoir d'agir » en lieu et place d'un « devoir d'effort ».

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

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

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

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

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

Le projet d'ordonnance reconnaît cette nécessité en principe, mais les dispositions telles qu'elles sont conçues sont bien trop vagues pour être efficaces. En particulier, elles ne satisfont pas les critères clés exigés par les normes internationales. Le projet d'ordonnance se contente de constater laconiquement : « [l'entreprise] veille à permettre à toute personne intéressée de faire part de ses préoccupations concernant le travail des enfants [ou les minerais de conflit] dans la chaîne d'approvisionnement. » C'est beaucoup trop peu. Sur la base des normes internationales susmentionnées, il ne s'agit pas simplement de recueillir d'éventuelles préoccupations. Les entreprises ont au contraire le devoir d'agir pour mettre en place activement un mécanisme fonctionnel et ainsi voulu par le législateur, qui fournit des solutions et, à défaut, met à disposition des procédures de plaintes. De ce point de vue, les approches figurant dans les explications de l'ordonnance apparaissent comme arbitraires et ne s'intègrent dans aucun cadre global structuré : où les personnes concernées doivent-elles s'adresser ? Comment une entreprise doit-elle procéder concrètement si une telle information lui parvient ? Quel est

le rôle des parties prenantes, comment les organisations locales de la société civile ou les syndicats par exemple sont-ils impliqués ? Comment garantir que le processus d'aide ou de plainte remplisse les critères clés mentionnés ci-dessus ? Etc. Le projet d'ordonnance ne donne aucun repère pour répondre à toutes ces interrogations par rapport, par exemple, à la [loi allemande sur les chaînes d'approvisionnement](#) plus concrète et plus contraignante. L'entreprise doit répondre à ces questions aussi. Mais pour cela, elle a besoin d'une orientation concrète de l'État, c'est-à-dire au niveau de l'ordonnance. Il existe dans la communauté internationale suffisamment de réglementations de références pour offrir des suggestions : la proposition de directive conforme à la [résolution du Parlement européen](#), en application des exigences internationales, présente un intérêt particulier puisqu'elle est coulée dans le moule juridique. Au niveau national, il y a la [loi allemande sur les chaînes d'approvisionnement](#) qui vient d'être adoptée.

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

Une loi très faible entraîne une ordonnance forcément faible mais celle-ci l'est particulièrement car le Conseil fédéral n'a même pas exploité la marge de manœuvre existante pour en tirer le meilleur usage possible. Et ce, alors que le vent en Europe et dans le monde souffle dans le sens contraire, vers une réglementation plus contraignante de la responsabilité des entreprises. Cette divergence entre l'ambition affichée du projet de suivre le rythme international et la réalité d'un projet non seulement dépassé par rapport à l'étranger mais surtout inefficace est pour Travail.Suisse une raison de plus de poursuivre ses efforts afin de travailler de manière fondamentalement différente à une responsabilité des entreprises plus moderne et plus contraignante.

En vous remerciant par avance de réserver un bon accueil à notre réponse, nous vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, nos salutations distinguées.



Adrian Wüthrich, président



Denis Torche, responsable politique
extérieure

