Wilhelm AVOCATS

Auteur: Christophe Wilhelm | Le : 21 février 2022

La nouvelle législation suisse en matière de responsabilité sociale des entreprises

« Transparence sur les questions non financières ». C'est sous ce titre anodin et abstrait que la législation suisse a pudiquement récemment inséré, à l'attention de toute une gamme d'entreprises, dans le code suisse des obligations, des devoirs de transparence au sujet « des questions environnementales, notamment des objectifs en matière de CO_2, des questions sociales, des questions de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption ».

Alors que la presse[1] s'émeut chaque jour à juste titre des ravages que les activités des entreprises multinationales actives dans les matières premières et basées en Suisse entrainent à l'étranger, il convient de rappeler les grandes lignes de ce nouveau cadre juridique sans toutefois avoir la prétention d'en couvrir la totalité.

Ces nouvelles exigences légales sont entrées en vigueur le 1er janvier 2022 par l'introduction de nouveaux articles 964a à 964l dans le code suisse des obligations (CO)[2].

Elle se composent de trois chapitres distincts, à savoir :

(A) Obligation d'établir un rapport sur les « questions non financières » (art. 964a-964c CO) ;

(B) Obligation de déclarer des paiements effectués à des organismes publics par des entreprises de matières premières (art. 964d-964i CO) ; et

(C) Obligation d'opérer une due diligence raisonnable et d'établir des rapports relatifs aux opérations concernant la production de minerais et de métaux provenant de zones touchées par des conflits armés et au sujet du travail des enfants (art. 964j-964l CO).

Au surplus, le 3 décembre 2021, le Conseil fédéral a adopté l'Ordonnance sur le devoir de diligence et la transparence concernant les minerais et les métaux provenant de zones touchées par un conflit et le travail des enfants (l' »Ordonnance » ou « ODiTr[3]«). Cette Ordonnance est également entrée en vigueur le 1er janvier 2022. Elle contient des définitions et des spécificités supplémentaires basées sur les clauses de délégation prévues dans le CO. Un rapport explicatif a également été publié le même jour par l'Office fédéral de la justice.

Nous aborderons successivement les trois chapitres de cette nouvelle législation :

A. L'obligation d'établir un rapport sur les questions non financières (art. 964a-964c CO) :

Un rapport sur les obligations en matière de rapports non financiers doit être publié chaque année par les entités qui :

(i) sont des sociétés d'intérêt public, ce qui signifie généralement les sociétés cotées en bourse au sens de l'art. 727 al. 1.1 CO. Cela s'étend aux sociétés qui n'ont pas leurs propres titres de participation cotés en bourse mais qui néanmoins » contribuent pour au moins 20 % de la fortune ou du chiffre d'affaires aux comptes consolidés d'une [société cotée en bourse] » (CO 727 al. 1.1c) ;

(ii) disposent d'au moins 500 postes équivalents plein temps en moyenne annuelle au cours de deux exercices successifs avec ses entités suisses ou étrangères contrôlées ; et

(iii) ont un total de bilan d'au moins CHF 20'000'000 ou un chiffre d'affaires d'au moins CHF 40'000'000 au cours de deux exercices successifs avec les entités suisses ou étrangères qu'elles contrôlent.

La loi prévoit que toutes les nouvelles exigences s'appliquent pour la première fois à l'exercice qui commence un an après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, de sorte que les premiers rapports devraient couvrir l'exercice 2023, ce qui signifie un délai effectif au cours de l'année 2024.

B. L'obligation de déclarer des paiements effectués à des organismes publics par des entreprises de matières premières (art. 964d-964i CO)

Selon cette obligation, un rapport sur les paiements effectués à des organismes d'Etat doit être établi chaque année par les entreprises qui :

(i) sont soumises à un contrôle ordinaire au sens de l'art. 727 CO, c'est-à-dire les sociétés cotées en bourse, les sociétés tenues d'établir des comptes consolidés ou les sociétés qui, en moyenne annuelle au cours de deux exercices successifs, dépassent deux des seuils suivants : (1) 250 postes équivalents temps plein, (2) un bilan de CHF 20'000'000, et/ou (3) un chiffre d'affaires de CHF 40'000'000.

(ii) sont (directement ou par l'intermédiaire d'une entité contrôlée) impliquées dans la production de minerais. L'art. 964d al. 4 CO définit la notion de production comme « l'ensemble des activités exercées par la société dans les domaines de l'exploration, de la prospection, de la découverte, de la mise en valeur et de l'extraction de minéraux […] ».

Selon le commentaire du Conseil fédéral relatif à cette disposition, l'obligation de déclarer s'applique même si les activités d'extraction ne sont que marginales au sein des activités d'une entreprise donnée, voire si elles ne sont réalisées qu'à une seule occasion (par exemple dans le cadre d'un projet spécifique), pour autant que les seuils légaux soient remplis ; et

(iii) avoir effectué, au cours d'un exercice donné, des versements d'au moins CHF 100'000 à des organismes publics en relation avec des opérations commerciales liées à des activités d'extraction (art. 964f al. 2 CO).

En vertu de l'art. 964g al. 3 CO, le Conseil fédéral peut édicter des prescriptions sur la structure des données requises dans le rapport. A notre connaissance, aucune autre précision n'a été émise à ce sujet à ce jour.

Par ailleurs, en vertu de l'art. 964i CO, le Conseil fédéral peut étendre le champ d'application de cette obligation de déclarer aux entreprises qui font le négoce de matières premières dans le cadre d'une procédure coordonnée au niveau international. A notre connaissance, rien n'a été publié à ce sujet à ce jour.

Comme indiqué précédemment (cf. notre paper du 30 septembre 2020 [4], pour ce chapitre uniquement, soit les articles 964 d à 964i CO), le premier rapport devrait couvrir l'exercice 2022. En complément de ce que la loi prévoit en ce qui concerne l'obligation générale de rapport en matière non financières (CO 964a), la loi prévoit spécifiquement que le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements doit être émis dans les six mois suivant la fin de l'exercice, soit en l'espèce, jusqu'à fin juin 2023 pour le premier rapport (art. 964g al. 1 CO).

C. L’obligation d’opérer une due diligence raisonnable et d’établir des rapports relatifs aux opérations concernant la protection de minerais et de métaux provenant de zones touchées par des conflits armés et au sujet du travail des enfants (art. 964j-964l CO)

En vertu de l’art. 964j CO, l’obligation de diligence raisonnable (et l’obligation de reporting y afférente) s’applique en premier lieu aux entités qui « mettent en libre circulation en Suisse ou traitent en Suisse des minerais ou des métaux contenant de l’étain, du tantale, du tungstène ou de l’or, provenant de zones de conflit ou de zones à haut » (art. 964j al. 1 ch. 1 CO).

A notre sens, la loi ne définit pas expressément la notion de « mise en libre circulation ». Toutefois, il convient de noter qu’alors que la loi utilise la formulation « mise en libre pratique ou transformation », l’ordonnance n’utilise aucun de ces termes et fait plutôt référence à « l’importation et la transformation » (voir l’article 4 de l’ODiTr sur les exemptions à raison du volume d’importation et de transformation).

Le rapport explicatif met également l’accent sur cette dernière formulation, ce qui indiquerait que l’activité d’importation elle-même est qualifiée et déclenche des obligations de diligence au sens de l’article 964j CO.

Les zones affectées par des conflits et les zones à haut risque sont définies plus précisément dans l’ordonnance comme » les zones en situation de conflit armé ou les zones fragiles à l’issue d’un conflit, ainsi que les zones caractérisées par une gouvernance et une sécurité déficientes, voire inexistantes, telles qu’un État défaillant, et par des violations courantes et systématiques du droit international, y compris des atteintes aux droits de l’homme » (voir l’article 2 de l’ODiTr). Le rapport explicatif correspondant indique que la liste tenue par RAND Europe et la Commission européenne peut être utilisée comme référence à cette fin.

Les seuils de quantités (en dessous desquels l’exemption s’applique ; art. 964j al. 2 CO) sont prévues par les termes de l’annexe 1 de l’ordonnance.

Travail des enfants : les obligations de diligence et de déclaration s’appliquent également aux entités qui « offrent des biens ou des services pour lesquels il existe un soupçon fondé de recours au travail des enfants » (cf. article 964j al. 1 ch. 2 CO).

Bien que la notion de « soupçon fondé » reste obscure, il est généralement admis qu’elle implique l’existence d’un ou plusieurs indices « concrets » pouvant indiquer l’utilisation du travail des enfants (par exemple, une photo). Dans le contexte du travail des enfants, les spécialistes suggèrent que des circonstances telles que l’emploi de mineurs n’ayant pas atteint l’âge normal d’achèvement de la scolarité obligatoire, ou de mineurs de moins de 15 ans, peuvent constituer de tels indices.

La vérification de la diligence raisonnable (quant à l’existence de soupçons fondés) doit être effectuée et documentée en interne sur une base annuelle. Toutefois, il existe une exemption pour les produits et services qui proviennent ou sont fournis dans des pays dont la réponse en matière de diligence raisonnable est classée comme « basique » dans le cadre de l’UNICEF « Children’s Rights in the Workplace Index » (art. 964j al. 3 CO; art. 7 al. 2 ODiTr). D’autres indications peuvent être tirées des règlements énumérés à l’annexe 2 de l’ordonnance.

Niveau de la diligence raisonnable : Pour remplir ce critère, les entités concernées doivent élaborer :

(i) une politique de la chaîne d’approvisionnement pour les minerais et les métaux qui proviennent potentiellement des zones affectées par des conflits et à haut risque (art. 964k al. 1 ch. 1 CO), dont les exigences sont détaillées à l’art. 10 ODiTr;

(ii) une politique de la chaîne d’approvisionnement pour les produits et services pour lesquels il existe une suspicion fondée de travail des enfants (art. 964k al. 1 ch. 2 CO), dont les exigences sont détaillées à l’art. 11 ODiTr;

(iii) un système de traçabilité de la chaîne d'approvisionnement pour les minéraux, les métaux et le travail des enfants (art. 964k al. 1. ch. 3 CO), dont les exigences sont détaillées aux art. 12 et 13 ODiTr;

(iv) une procédure de signalement permettant aux parties intéressées de faire part de leurs préoccupations raisonnables (art. 964k al. 2 CO; art. 14 ODiTr), éventuellement en passant des contrats avec des ONG ou des experts tiers, ou en créant un bureau de médiation ;

(v) un plan de gestion des risques et la prise de mesures pour les minimiser (art. 964k al. 2 CO; art. 15 ODiTr), sur la base de normes internationalement reconnues (listées à l'annexe 2 de l'Ordonnance) ;

(vi) un audit relatif aux minéraux et aux métaux (art. 964k al. 3 CO ; art. 16 ODiTr), qui peut être réalisé par un auditeur indépendant différent de son auditeur actuellement désigné et enregistré.

Exemption : les entités qualifiées peuvent se soustraire aux obligations de diligence raisonnable et de déclaration en respectant les normes internationales équivalentes énumérées à l'annexe 2 de l'ordonnance.

Date limite pour la mise en œuvre du processus de diligence raisonnable : comme indiqué précédemment, les nouvelles exigences s'appliquent pour la première fois à l'exercice 2023. Cela signifie que le système de gestion requis doit être opérationnel à partir du 1er janvier 2023.

Délai pour le rapport sur le processus de diligence raisonnable : comme indiqué ci-dessus, le premier rapport devrait couvrir l'exercice 2023. La loi prévoit expressément que le rapport sur le respect des obligations de diligence raisonnable doit être émis dans les 6 mois suivant la fin de l'exercice, soit jusqu'à fin juin 2024 pour le premier rapport (art. 964g al. 1 CO).

Notre avis :

On le voit, bien que les partisans de l'initiative disent le contraire, le droit suisse s'est doté d'une législation innovante et pionnière dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises. A l'heure actuelle, la législation suisse va plus loin que celle en vigueur au sein de l'Union Européenne. Nous pensons que les instruments juridiques prévus par ces nouvelles dispositions du code des obligations et de l'Ordonnance y relative offrent une solution viable tenant dûment compte des préoccupations principales de l'économie. Dans ce cadre, il faut en particulier considérer comme positifs les efforts visant à définir les dispositions de l'ordonnance en étroite coordination avec les réglementations correspondantes dans le contexte international. Il importe désormais aux entreprises concernées de s'organiser sans tarder pour être prêtes à faire face à ces nouvelles obligations dès le 1er janvier 2023.

---

[1] Voir encore récemment l'article paru le jeudi 17 février 2022 dans Le Courrier sur l'action de Glencore en Colombie
[2] RS 220 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/fr
[3] RS 221.433 https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2021/847/fr

[4] https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/obligation-transparence-multinationales/

Source : https://www.wg-avocats.ch/actualites/droit-societes/legislation-suisse-responsabilite-sociale-entreprises/