

# Modification du Code des obligations (droit de la société anonyme)

---

Prise de position de la coalition d'ONG



9 février 2015

---

Office fédéral de la justice  
Office fédéral du  
registre du commerce  
Bundesrain 20  
3003 Berne

## Résumé

La réforme du droit de la société anonyme présente l'occasion de compléter le Code des obligations de manière à ce qu'il reflète les évolutions internationales en matière de bonne gouvernance des entreprises et que les sociétés suisses assument mieux leurs responsabilités, en particulier lorsqu'elles sont actives dans les pays en développement. Sans prendre position sur l'ensemble de l'avant-projet, les organisations signataires proposent d'ajouter à celui-ci des dispositions précisant les devoirs des sociétés dans le domaine du respect des droits humains et de la publicité des ayants droit économiques. Elles commentent, en outre, les dispositions prévues en matière de transparence des paiements dans le secteur des matières premières. A ce sujet, elles considèrent comme décisif d'inclure le négoce, qui constitue le cœur de l'activité de ce secteur en Suisse, dans les dispositions légales prévues.

Contacts pour la coalition d'ONG : Olivier Longchamp, Déclaration de Berne, avenue Charles-Dickens 4, 1006 Lausanne, tél. 021 620 03 03, fax 021 620 03 00, [info@ladb.ch](mailto:info@ladb.ch), [www.ladb.ch](http://www.ladb.ch) / Urs Rybi, Erklärung von Bern, Dinerstrasse 12, Postfach, tél. 044 277 70 00, Fax 044 277 70 01, [urs.rybi@evb.ch](mailto:urs.rybi@evb.ch), [www.evb.ch](http://www.evb.ch), 8026 Zurich / Chantal Peyer, Pain pour le prochain, avenue du Grammont 9, 1007 Lausanne, tél. 021 614 77 10, fax 021 617 51 75, [peyer@bfa-ppp.ch](mailto:peyer@bfa-ppp.ch), [www.ppp.ch](http://www.ppp.ch)

## Table des matières

<b>1. Préambule</b> .....	1
<b>2. Remarques générales</b> .....	3
2.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés .....	4
2.1.1 Importance du problème .....	5
2.1.2 Contexte international.....	6
2.1.3 Quelques cas impliquant des sociétés suisses .....	8
2.1.4 La réforme du droit de la société .....	8
2.2 Transparence des paiements.....	10
2.2.1 Importance du problème .....	10
2.2.2 Contexte international.....	11
2.2.3 Le trou noir du négoce .....	13
2.3 Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains.....	15
2.3.1. Les enjeux et la situation internationale .....	15
2. 3. 2. La situation en Suisse .....	17
2. 3. 3. La réforme du droit de la société.....	19
<b>3. Remarques spécifiques</b> .....	22
3.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés anonymes.....	22
3.2 Transparence des paiements dans le secteur des matières premières .....	23
3.3. Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains.....	29

## 1. Préambule

Issues de la société civile, les organisations signataires s'engagent depuis des années pour que les entreprises suisses se comportent de façon responsable et afin qu'elles respectent les droits humains et l'environnement, en particulier lorsqu'elles sont actives dans les pays du Sud. Elles ont contribué à montrer les conséquences des agissements problématiques de certaines sociétés helvétiques dans les pays les plus pauvres par des campagnes de sensibilisation, des recherches sur des secteurs spécifiques (par exemple, celui des matières premières) et des études de cas portant sur des affaires de corruption, de violations des droits humains et de l'environnement ou encore sur l'optimisation fiscale agressive des groupes internationaux. Elles ont soutenu diverses initiatives de

vérification des conditions de travail dans les sites de production à l'étranger et ont dialogué avec certaines firmes. Elles connaissent donc bien les pratiques des sociétés suisses et sont très intéressées à commenter les dispositions légales encadrant leurs activités.

Fortes de leur expérience, les organisations signataires sont arrivées à trois constats.

En premier lieu, elles sont convaincues de la responsabilité particulière de la Suisse. Notre pays abrite, en effet, la plus forte densité de multinationales par habitant du monde, et le nombre de sociétés internationales qui se sont implantées en Suisse s'est accéléré ces dernières années<sup>1</sup>. Ces sociétés sont souvent actives dans des pays du Sud. Certains secteurs importants du paysage économique suisse, comme celui des matières premières, sont même actifs en premier lieu dans des pays pauvres ou dans des Etats dont la gouvernance est faible. Les autorités helvétiques ont donc un devoir accru de veiller à ce que ces sociétés s'abstiennent de toute activité problématique et qu'elles adoptent un comportement responsable et respectueux des droits humains. Ce premier constat a été reconnu à maintes reprises par le Conseil fédéral. Ainsi, dans un rapport publié en mai 2014, le Conseil fédéral reconnaissait que, « en tant que siège de nombreuses entreprises internationales, la Suisse assume une grande responsabilité en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, en particulier vis-à-vis des pays qui ne respectent pas suffisamment les principes de l'Etat de droit. Cette responsabilité est engagée en cas de violation des droits de l'homme ou de pollutions commises dans ces pays par des entreprises suisses, violations qui peuvent entacher l'image de notre pays. »<sup>2</sup>

Les organisations signataires sont ensuite convaincues de la nécessité de réguler l'activité des sociétés sur certains points. Au niveau des droits humains, par exemple, les initiatives dites « volontaires », dont l'impact dépend – comme leur nom l'indique – uniquement du bon vouloir des firmes, ont montré leurs limites. De plus, les sociétés dont les comportements sont les plus problématiques ne s'engagent que rarement dans de telles initiatives et disposent d'un avantage comparatif par rapport à celles qui tentent d'agir selon les meilleures pratiques. Dès lors, il est nécessaire de disposer de bases légales minimales obligeant toutes les sociétés suisses à respecter les droits humains et l'environnement partout dans le monde. Cette exigence constitue précisément le cœur de la pétition « Droit sans frontières », qui a été déposée en 2012 avec plus de 135 000 signatures par une large coalition de 50 organisations de la société civile, et soutenue en particulier par les organisations signataires. La nécessité de compléter les démarches volontaires par des mesures juridiquement contraignantes (« *smart mix* ») a été reconnue par les [Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits humains](#), lesquels font d'une telle combinaison un moyen pour l'Etat d'accomplir son devoir de protéger les droits humains. Des mesures légales sont d'autant plus nécessaires qu'il existe un véritable fossé entre la globalisation de l'économie, portée notamment par les entreprises multinationales, et l'état du droit national, généralement mal outillé pour

---

<sup>1</sup> A ce sujet, cf. par exemple Arthur D. Little, *Headquarters on the move – Benchmarking of Global and regional Headquarters in Switzerland*, novembre 2009, en particulier p. 7.

faire face à cette évolution et rendre les sociétés responsables de leurs implications dans des violations – directes ou indirectes – des droits humains et de l'environnement.

Enfin, les organisations signataires ont constaté ces dernières années, sur le plan international, une tendance à davantage de régulation des activités des sociétés multinationales. Que ce soit du point de vue des droits humains, dans le domaine de la transparence des paiements du secteur des matières premières ou de la transparence des structures des groupes internationaux, les principaux pays industrialisés ont adopté des lois encadrant l'activité des sociétés et renforçant leur transparence. Cette tendance – sur laquelle nous revenons en détail plus loin – a été, elle aussi, reconnue par le Conseil fédéral à plusieurs reprises<sup>3</sup>. Si la Suisse reste à la traîne, le risque existe que les sociétés étrangères désireuses de se soustraire aux obligations qui leur sont imposées ailleurs délocalisent des activités problématiques dans notre pays.

Les organisations signataires considèrent l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme comme une occasion d'améliorer le contexte légal helvétique en tenant compte de ces différents constats. Elles remercient les autorités fédérales de pouvoir contribuer à cette importante révision.

## 2. Remarques générales

Le 28 novembre 2014, le Conseil fédéral a envoyé en consultation l'avant-projet de révision du droit de la société anonyme. Cet avant-projet comporte différents éléments relatifs à la gouvernance d'entreprise sur lesquels les organisations signataires n'ont pas de commentaires particuliers à faire.

En revanche, les organisations signataires ont été déçues de constater que les autorités fédérales n'ont pas saisi l'occasion qui se présentait d'adapter le droit suisse aux évolutions internationales en cours. Certes, dans le domaine de la transparence des paiements effectués par les sociétés du secteur des matières premières, le Conseil fédéral propose, dans son avant-projet, d'adopter de nouvelles dispositions prévoyant d'obliger les sociétés suisses à publier les paiements qu'elles acquittent à des entités étatiques. Comme les autorités proposent cependant d'exempter les opérations de négoce, qui constituent le cœur de l'activité des sociétés de ce secteur en Suisse, cette disposition est insuffisante.

Par ailleurs, aucune disposition de l'avant-projet ne vient renforcer les devoirs des sociétés et des conseils d'administration dans le domaine de la transparence des ayants droit économiques ou de la responsabilité en matière de droits humains et d'environnement. A ce sujet aussi, l'évolution internationale est claire. Différentes législations récentes ont introduit – ou sont en passe d'introduire – des dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques, des obligations de diligence en

---

<sup>2</sup> [Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#) - Rapport rédigé en exécution du postulat 12.3980, 2.5.2014, p. 2.

<sup>3</sup> Dans [un rapport publié en 2014 au sujet de la transparence des paiements](#), par exemple, le Conseil fédéral relevait à juste titre « à l'échelon international une tendance en faveur d'une plus grande transparence des paiements effectués par les entreprises du secteur des matières premières aux gouvernements ».

matière de droits humains pour les sociétés ainsi que des obligations de publication de rapports extrafinanciers. Il importe donc de compléter l'avant-projet sur ces points, afin de tenir compte des évolutions internationales les plus récentes et de la responsabilité particulière de la Suisse.

Sans se prononcer sur l'ensemble de l'avant-projet, les organisations signataires souhaitent donc l'améliorer et le compléter sur les trois points évoqués ci-dessus. Nous précisons les raisons de le faire dans la suite de ce texte. Des propositions concrètes d'amendement sont présentées au point 3 plus loin.

## 2.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés

L'usage de structures juridiques (comme des sociétés écrans ou des trusts) destinées à abriter des avoirs résultant de délits est l'un des traits récurrents de la criminalité financière et économique internationale. La Suisse n'est pas épargnée : des cas récents ont montré que, parfois, des personnes politiquement exposées ou des réseaux criminels se cachent derrière des sociétés helvétiques. Pour blanchir de l'argent ou dissimuler des sommes provenant de la corruption ou de la fraude fiscale, il est en effet nécessaire de disposer de structures légales permettant de cacher les ayants droit économiques réels des avoirs illicites. Si ce constat est connu, « la plupart des pays n'ont pas de stratégie cohérente pour s'attaquer à ce problème »<sup>4</sup>, comme le relevaient la Banque mondiale, l'initiative StAR et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime dans un rapport publié en 2011.

Dissimuler les ayants droit économiques (ADE) des sociétés n'est pas l'apanage de la criminalité économique. Lorsque des entreprises ou des particuliers cherchent à conclure des opérations douteuses, parce qu'elles peuvent impliquer des violations des droits humains ou de normes environnementales, parce qu'elles peuvent comporter un risque de poursuite pénale ou un risque de réputation, l'usage de structures anonymes est répandu. Il permet de diluer la responsabilité juridique et morale des personnes qui conduisent de telles activités problématiques et de les dissimuler.

A l'échelle internationale, on note un mouvement général pour davantage de transparence des structures juridiques. Ainsi qu'on le verra plus loin, de nombreux Etats ont identifié ce problème et adopté des mesures légales afin de combattre l'usage de structures opaques. En Suisse, la situation est toujours loin d'être satisfaisante. L'adaptation récente des lois destinées à mettre les pratiques helvétiques en conformité avec les normes du GAFI a certes introduit des dispositions destinées à renforcer la transparence des ayants droit économiques<sup>5</sup>. Toutefois, les informations relatives aux détenteurs des sociétés ne sont publiées en Suisse que pour une très petite proportion des sociétés helvétiques (celles qui sont cotées en Bourse). Si les firmes savent désormais à qui elles appartiennent, elles ne communiquent généralement pas ces informations, qui restent donc inaccessibles au public. La publicité des ayants droit économiques des

---

<sup>4</sup> [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank, etc., 2011, p. 33.

<sup>5</sup> [Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), du 12.12.2014.

sociétés est un moyen très simple de rendre beaucoup plus difficile l'usage problématique de constructions juridiques visant à dissimuler des avoirs illicites ou des actes répréhensibles. La réforme actuelle du droit des sociétés représente l'occasion de mettre la législation suisse en adéquation avec cette tendance internationale.

### 2.1.1 Importance du problème

En 2011, la Banque mondiale, l'initiative StAR et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime ont commandé un rapport sur la question de l'identification des ayants droit économiques. Ce rapport a analysé en détail 150 affaires relevant de la grande corruption internationale. Dans 128 d'entre elles, des sociétés – y compris suisses – avaient été utilisées pour camoufler les avoirs provenant de la corruption<sup>6</sup>. Cet échantillon montre que la fréquence à laquelle des structures juridiques opaques sont utilisées pour dissimuler des avoirs illicites est très élevée. Le plus souvent, les montages utilisés consistent en un enchevêtrement complexe de structures (par exemple, une société dans une juridiction X possédant une société dans une juridiction Y, possédant elle-même un trust dans une juridiction Z ainsi que des comptes dans plusieurs banques et pays différents). Dans les cas les plus sophistiqués, huit à neuf entités distinctes peuvent être imbriquées. Plus ces montages sont élaborés, plus il est difficile d'identifier à qui les fonds détenus par ces sociétés appartiennent et à quoi leurs transactions sont destinées. Ainsi que le rapport précité le relève, la multiplication des juridictions représente également un obstacle de taille pour les autorités pénales lors d'éventuelles poursuites. Pour connaître les ayants droit de ces structures ou retracer les mouvements de fonds, elles dépendent souvent des mécanismes lents et fragiles de l'entraide pénale internationale.

Il n'existe pas, à notre connaissance, de données nationales ou internationales permettant de savoir à quelle fréquence des sociétés suisses sont utilisées dans les affaires de grande corruption ou, plus largement, pour camoufler des actes répréhensibles ou problématiques. On peut tout au plus relever que le nombre de sociétés helvétiques dépourvues d'activités opérationnelles est conséquent. Il n'existe pas de statistiques officielles à ce propos<sup>7</sup>. Toutefois, d'après une estimation conservatrice<sup>8</sup> effectuée par le *Tages-Anzeiger*<sup>9</sup>, 75 000 sociétés suisses seraient dépourvues d'activités opérationnelles, soit environ 14 % du nombre total des sociétés inscrites au Registre du commerce helvétique en 2013 (540 641). Si les sociétés dépourvues d'activités opérationnelles ne sont pas nécessairement vouées à des activités délictueuses ou problématiques, c'est bien de tels montages qui sont le plus souvent utilisés lorsqu'il s'agit de cacher des ayants droit économiques en Suisse. On peut donc raisonnablement penser qu'une part importante de ces 75 000 sociétés n'a pas d'autres raisons d'exister.

Une façon très simple de contrer ce problème consisterait à obliger les personnes morales à identifier et à publier la liste de leurs ayants droit économiques, c'est-à-dire les

---

<sup>6</sup> [The Puppet Masters. How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It](#), Washington, The World Bank, etc., 2011, p. 34.

<sup>7</sup> Le Registre du commerce se borne à recenser les inscriptions de sociétés, sans se préoccuper de leur activité. La statistique des entreprises de l'OFS ne recense que les entreprises ayant une activité économique.

<sup>8</sup> Basée sur le nombre de sociétés inscrites avec une adresse « c/o », dont sont soustraites celles disposant d'un compte TVA, et donc d'une activité commerciale.

<sup>9</sup> *Tages-Anzeiger*, 2.5.2013.

personnes physiques qui les contrôlent réellement. Cette solution est une mesure efficace pour lutter contre la criminalité économique. Il s'agit en outre de la seule mesure permettant à des entreprises d'identifier leurs partenaires d'affaires. Les intermédiaires financiers disposeraient ainsi d'un moyen de vérifier la réalité des informations fournies aujourd'hui par les sociétés au nom de qui elles ouvrent un compte, et de réduire le coût des opérations de *compliance* qu'elles doivent bien souvent réaliser à ce sujet. Enfin, la publicité des ADE simplifierait le travail des autorités fiscales ou pénales étrangères, qui doivent, aujourd'hui, passer par les mécanismes lents et complexes de l'échange d'informations pour mener leurs investigations. Le Conseil fédéral a d'ailleurs reconnu le bien-fondé de telles mesures, soulignant, dans sa réponse à une interpellation, que « les mesures de transparence relatives à l'identité des ayants droit économiques contribuent à lutter contre de tels flux financiers. Elles permettent, d'une part, de mettre en place des mesures préventives (au niveau des sociétés ou des intermédiaires financiers) visant à empêcher ces flux et, d'autre part, d'assurer la traçabilité de l'information nécessaire à l'action des autorités administratives et pénales concernées.»<sup>10</sup> L'accès à des informations essentielles serait facilité pour les autorités pénales, les journalistes ou les ONG anticorruption. L'effet dissuasif d'une telle disposition serait par conséquent élevé.

La problématique de l'identification des ayants droit économiques est un défi mondial. Toutefois, et contrairement à ce qui se passe dans d'autres Etats, la Suisse n'a, pour l'instant, pas réellement identifié ce défi. La Confédération risque donc d'être en retard par rapport aux avancées législatives rapides des autres pays, et de se voir contrainte, une fois de plus, de combler ce retard sous le feu des pressions internationales.

### 2.1.2 Contexte international

Pour l'instant, les standards internationaux en matière de lutte contre la criminalité économique (par exemple, les recommandations du GAFI) obligent les Etats à se doter de dispositions légales leur permettant de savoir rapidement à qui appartient une personne morale. Les recommandations 24 et 25 du GAFI, révisées en 2012, fixent en effet les devoirs relatifs à la transparence des bénéficiaires effectifs des personnes morales et des constructions juridiques. Si ces normes n'obligent pas à publier les informations relatives au contrôle effectif des sociétés, elles contraignent néanmoins les autorités à s'assurer qu'elles sont bien en mesure d'obtenir ces informations<sup>11</sup>. La législation suisse a récemment été modifiée pour être en conformité avec ce standard, notamment en créant un mécanisme permettant aux sociétés disposant d'actions au porteur de connaître leurs actionnaires. De plus, selon la nouvelle [loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), toutes les sociétés non cotées en Bourse sont désormais obligées (au titre des nouveaux articles 697 j et l CO, entre autres) de tenir une liste des ayants droit économiques contrôlant davantage que 25 % de leurs parts. Toutefois, la nouvelle législation ne prévoit aucune disposition relative à la publicité de ces informations.

La question de la publicité des ayants droit économiques contrôlant les personnes juridiques a pris, ces dernières années, une place importante dans l'agenda international.

---

<sup>10</sup> [Réponse du Conseil fédéral à l'interpellation 13.4288.](#)

<sup>11</sup> FATF Guidance, [Transparency and beneficial ownership](#), October 2014.

Un rapport réalisé en 2012 pour le World Economic Forum de Davos édictait déjà des recommandations stipulant que tous les pays devraient publier, dans des registres officiels et publics, par ailleurs accessibles à prix modique, des informations sur les ADE des sociétés<sup>12</sup>. Le GAFI précise également qu'il convient « de faciliter l'accès aux informations sur les bénéficiaires effectifs et sur le contrôle des personnes morales »<sup>13</sup>. Dans ce contexte, les voix demandant des registres publics des ADE de sociétés se sont multipliées. La Fédération bancaire de l'Union européenne s'est prononcée en faveur d'une telle mesure<sup>14</sup>. En novembre 2013, le ministre français des Finances, Pierre Moscovici, a relevé que « la généralisation de mécanismes de registres centralisés et publics reste le seul moyen pour permettre un accès rapide aux informations relatives aux bénéficiaires effectifs, et qu'elle doit donc être consacrée au niveau européen. »<sup>15</sup>

A la suite de ces déclarations, de nombreuses démarches ont été entreprises à l'échelle internationale afin de créer des registres publics des ayants droit économiques. Le mouvement le plus important a sans doute eu lieu au début de l'année 2014. Dans le cadre de la 4<sup>e</sup> révision de la Directive européenne sur le blanchiment d'argent, deux comités du Parlement européen ont accepté, le 20 février, de demander aux pays membres de l'UE de créer des registres publics des ayants droit économiques des sociétés et des trusts<sup>16</sup>. Cette décision a été ratifiée par le Parlement européen en mars 2014.

Dans la foulée, plusieurs pays membres de l'UE ont entrepris de transcrire cette exigence dans leur droit national. Suivant les promesses faites en 2013 par le premier ministre anglais, David Cameron<sup>17</sup>, un projet de loi est actuellement en seconde lecture devant le Parlement anglais. Ce projet prévoit d'obliger les sociétés anglaises à tenir un registre de leurs bénéficiaires économiques et d'autoriser toute personne intéressée à le consulter au siège de la société et à en prendre des copies<sup>18</sup>. Ce projet de loi devrait entrer en vigueur au printemps 2015<sup>19</sup>. En France, un décret introduisant une base pour la création d'un registre public des résidents français agissant en tant qu'administrateurs, « settlors » ou bénéficiaires d'un trust a été promulgué. Le 1<sup>er</sup> décembre 2014, le ministre des Finances danois a présenté un projet de registre public des ayants droit économiques des sociétés<sup>20</sup>. Même les îles Caïman discutent actuellement de l'opportunité d'introduire des registres publics des détenteurs de personnes morales<sup>21</sup>. Enfin, le 27 octobre 2014, l'Ukraine a décidé de créer un registre public des ayants droit économiques des sociétés<sup>22</sup>.

---

<sup>12</sup> WEF (Ed.), Global Agenda Council on Organized Crime, [Organized Crime Enablers](#), July 2012.

<sup>13</sup> [Recommandation 24 du GAFI](#).

<sup>14</sup> [EBF Position on the ECB Proposal for a 4th EU AML Directive](#), 12.6.2012, p. 6.

<sup>15</sup> [Communiqué ONE du 15.11.2013](#).

<sup>16</sup> [Communiqué de presse : Blanchiment d'argent : fin de l'anonymat des bénéficiaires de sociétés et de fiducies](#), Affaires économiques et monétaires, Parlement européen, 20.2.2014.

<sup>17</sup> UK Government Press Release, [Public register to boost company transparency](#), 31.10.2013.

<sup>18</sup> Cf. draft section 790 O of Schedule 3 Part 1, [Small Business, Enterprise and Employment Bill, Explanatory notes to the Bill](#), UK Parliament.

<sup>19</sup> L'état d'avancement de ce projet peut être suivi [ici](#).

<sup>20</sup> Son discours (en danois) peut être consulté [ici](#).

<sup>21</sup> [Statement by Minister for Financial Services, Wayne Panton, on the Commencement of Cayman's Consultation on its G8 Action Plan](#), Cayman Island Financial Services, 4.11.2013.

<sup>22</sup> [Ukraine : Upfront Disclosure of Beneficial Ownership Now Required](#), Global Compliance News, 27.10.2014.

### 2.1.3 Quelques cas impliquant des sociétés suisses

En Suisse, de nombreuses affaires rendues publiques, ces dernières années, ont montré comment des sociétés helvétiques permettent de dissimuler des avoirs illicites ou des actes répréhensibles. Nous présentons ici quelques cas emblématiques. La liste aurait pu être prolongée sans peine<sup>23</sup>.

- *Les sociétés fribourgeoises du fils Obiang.* Teodorin Obiang, le fils du président de la Guinée équatoriale, est accusé d'avoir détourné des caisses publiques des sommes utilisées pour acquérir, à l'étranger, des biens immobiliers luxueux par le biais de comptes ouverts en Suisse au nom de cinq sociétés helvétiques.
- *Une banque biélorusse douteuse à Fribourg.* En 2012, le Trésor américain a décidé de placer la banque biélorusse Credex sur liste noire au titre du Patriot Act de 2001. Cette banque, 22<sup>e</sup> de son pays par les actifs, est soupçonnée de blanchiment par les autorités américaines. Elle appartenait à 96,82 % à une société boîte aux lettres fribourgeoise, Vicpart Holding. Dépourvue de bureau et d'employés ; cette firme gérée par un administrateur genevois était installée dans un petit immeuble où sont enregistrées plus de deux cents sociétés. Vicpart a été mise en liquidation en janvier 2013. Les autorités américaines ne sont jamais parvenues à identifier à qui elle appartenait réellement.
- *L'évasion fiscale alléguée de Lionel Messi à travers des sociétés zougaises.* Le célèbre footballeur Lionel Messi est accusé par la justice espagnole d'avoir soustrait une partie de ses revenus à l'impôt. D'après les informations publiées dans la presse, l'évasion fiscale impliquant des montants de l'ordre de 4,2 millions d'euros aurait été réalisée par le biais d'un montage complexe de sociétés offshore. L'argent aurait transité par les comptes de deux sociétés écrans zougaises.

Dans tous ces cas, la publicité des ayants droit économiques des sociétés aurait permis soit d'innocenter les firmes impliquées des soupçons nourris à leur encontre, soit d'accélérer le travail des autorités de poursuite. Par ailleurs, le fait même que les sociétés situées en Suisse doivent publier leurs ayants droit économiques serait de nature à dissuader les personnes cherchant à disposer de structures opaques pour camoufler des affaires douteuses de créer de telles structures en Suisse.

### 2.1.4 La réforme du droit de la société

La réforme actuelle du droit de la société anonyme présente l'opportunité de modifier les dispositions légales suisses de façon à accroître la transparence des ayants droit économiques, dans le but de limiter les risques décrits ci-dessus. Il existe plusieurs façons théoriques de le faire.

- L'une d'elles consisterait à prévoir que toutes les sociétés doivent divulguer des informations sur leurs ayants droit économiques, par exemple dans leurs rapports annuels.

---

<sup>23</sup> [La publicité des ayants droit économiques des sociétés – Problèmes, enjeux et solutions](#), Fiche d'information, Déclaration de Berne, février 2015. Plus d'informations sur [www.ladb.ch/avoirs-illicites](http://www.ladb.ch/avoirs-illicites).

- Une autre façon consisterait à faire figurer les informations relatives aux ADE des sociétés suisses sur les extraits du Registre du commerce.

La première solution laisserait aux sociétés la responsabilité de publier les informations relatives à leurs ayants droit économiques. Il faudrait toutefois s'assurer que ces informations sont publiées sous un format qui engage la responsabilité de la société et de ses directeurs, et dont l'exactitude est contrôlée par les réviseurs. Pour cette raison, il paraît opportun de faire figurer cette information dans les rapports annuels. Cette première solution se heurte cependant à deux écueils. a) D'une part, seule une petite partie des sociétés suisses sont aujourd'hui légalement tenues de publier leurs rapports annuels. b) D'autre part, les informations publiées de cette manière ne présenteraient que l'état de fait correspondant à la situation au moment du bouclage des comptes. Dans certains cas, cet état de fait peut ne plus correspondre à la réalité. Il est aussi aisé d'imaginer des moyens légaux de contourner cette obligation, par exemple en modifiant la liste des ayants droit économiques juste avant ou juste après sa date de publication légale.

La seconde solution correspond, à peu près, à ce qui se pratique, par exemple en Slovaquie<sup>24</sup>, ou à la pratique actuelle en ce qui concerne les actionnaires des S.à r.l. en Suisse ou en Allemagne. Elle aurait l'avantage de permettre une vérification précise de l'état de fait relatif aux ayants droit économiques des sociétés par une autorité publique. A condition que les sociétés soient tenues de communiquer tout changement aux Registres du commerce – ainsi qu'elles doivent le faire, par exemple, pour une modification de la liste de leurs administrateurs – les informations sur les ayants droit économiques auraient en outre l'avantage d'être exactes et exigibles en tout temps. Cette seconde solution impliquerait cependant une importante modification des attributions et des dotations des administrations concernées, qui seraient chargées de vérifier la véracité des informations publiées sous leur responsabilité, et cela est difficilement envisageable.

En tenant compte de ces différentes limites, nous avons imaginé une solution mixte, consistant à combiner les trois dispositions suivantes.

- 1. Une première disposition consiste à rendre publiques les listes d'ayants droit économiques des sociétés introduites par la récente réforme GAFI (article 697 I CO). Ainsi, n'importe quelle personne pourrait se rendre auprès d'un lieu convenu, par exemple au siège d'une société, puis voir en tout temps qui contrôle celle-ci et copier ces informations, ainsi que le prévoit le projet qui devrait être soumis au Parlement britannique sous peu.
- 2. Une telle disposition n'est toutefois pas suffisante, dans la mesure où il peut être relativement coûteux ou compliqué d'accomplir une telle démarche – par exemple pour des entreprises étrangères cherchant à connaître leurs partenaires d'affaires suisses. Il serait dès lors utile de compléter cette disposition par une obligation, pour les sociétés, de publier régulièrement, au moins annuellement, la liste des personnes qui les contrôlent dans leur rapport d'activité.
- 3. Néanmoins, dans la mesure où de tels rapports d'activité ne sont généralement pas publiés en Suisse, il est nécessaire d'introduire une disposition obligeant

---

<sup>24</sup> Registre du commerce slovaque : [Slovenian Business Register \(PRS\)](#).

toutes les sociétés de déposer leurs rapports d'activité auprès des Registres du commerce, et de charger ces autorités de publier ceux-ci sur internet, à l'image de ce qui se pratique par exemple aux Pays Bas<sup>25</sup>, au Luxembourg<sup>26</sup> ou à Singapour<sup>27</sup>. Cela assure la diffusion centralisée de tels rapports, sans pour autant charger ces autorités de tâches de contrôle ou de certification de leurs contenus, des missions qui iraient certainement au-delà de leurs compétences et de leurs capacités actuelles.

La solution que nous proposons ci-dessous (point 3.1) combine ces trois différentes mesures.

Elle présente, en outre, l'avantage d'obliger toutes les sociétés à publier leurs comptes annuels. Cette disposition va au-delà du droit actuel (article 958 e CO), qui ne prévoit de telles obligations que pour certaines sociétés précises, et à l'égard de leurs créanciers. Ainsi que nous le précisons ci-dessus, de telles dispositions sont courantes à l'étranger. Elles présentent l'avantage d'améliorer grandement la qualité des informations disponibles pour les investisseurs, les créanciers, les partenaires d'affaires des sociétés helvétiques et le public. Les informations contenues dans ces documents sont également très importantes, par exemple pour repérer l'activité réelle des sociétés ou documenter les structures de groupes internationaux (filiales, maisons mères, etc.).

Au cas où une telle solution s'avérerait impraticable politiquement, par exemple parce qu'une partie importante des petites sociétés considéreraient que l'obligation de publier leurs comptes et leur rapport annuels n'était pas souhaitable, il serait imaginable de développer subsidiairement un mécanisme permettant aux sociétés de choisir entre la publication au Registre du commerce de la liste de leurs ayants droit économiques ou leurs comptes et rapports annuels. Nous laissons à l'administration le soin de développer une telle solution, si cela devait être nécessaire.

## 2.2 Transparence des paiements

### 2.2.1 Importance du problème

Les deux tiers des minerais et des matières premières énergétiques proviennent de pays en développement. Cette richesse représente un énorme potentiel, mais les revenus qui en découlent ne profitent que rarement aux populations pauvres des pays producteurs. Ce constat a été reconnu par le Conseil fédéral. Dans son rapport sur la transparence des paiements, publié en juin 2014, le Conseil fédéral relève en effet que « les structures étatiques des pays d'extraction sont souvent défailtantes. Les fonds versés aux gouvernements de ces pays (impôts, redevances et autres transferts importants) pour

---

<sup>25</sup> [Registre du commerce des Pays-Bas](#). Informations disponibles : recherches par nom ou n° d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en Bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires – à certaines conditions ; chiffre d'affaires ; bénéfices ; impôts ; filiales.

<sup>26</sup> [Registre du commerce du Luxembourg](#) : voir les articles 75-77 de la « [Loi modifiée du 19 décembre 2002](#) concernant le Registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales ». Rapports annuels détaillés des sociétés, cotées en Bourse ou non, à certaines conditions.

<sup>27</sup> [Registre du commerce de Singapour](#). Informations disponibles : recherches par nom ou numéro d'incorporation ; rapports annuels détaillés de toute société, cotée en Bourse ou non ; date d'incorporation ; directeurs et administrateurs ; actionnaires ; chiffre d'affaires ; bénéfices ; impôts ; activités (détaillées par pays) et filiales.

permettre l'extraction et le négoce peuvent s'évanouir pour des raisons de mauvaise gestion, de corruption ou d'évasion fiscale, voire servir à financer un conflit. En conséquence, la population bénéficie peu des retombées économiques et reste victime de la pauvreté. On parle, dans ce contexte, de « malédiction des matières premières »<sup>28</sup>. Si cette richesse profitait effectivement à la population des pays d'origine des matières premières, la pauvreté extrême pourrait pratiquement être réduite de moitié dans le monde d'ici à 2030<sup>29</sup>.

Un des premiers pas permettant de combattre la malédiction des ressources serait d'accroître la transparence des paiements effectués entre les gouvernements et les sociétés du secteur des matières premières. Le Conseil fédéral l'a reconnu, à raison, dans son rapport précité : « Les informations relatives aux flux financiers et aux flux de matières premières n'étant généralement pas publiées, il est difficile voire impossible à la société civile et aux instances de contrôle politique, comme les parlements, d'imputer les abus constatés dans les pays en développement et dans les pays émergents aux gouvernements. On postule donc qu'en exigeant la transparence sur ces flux, on pourra améliorer la situation. »<sup>30</sup>

La transparence des paiements signifie que les flux financiers entre les sociétés du secteur des matières premières et les entités étatiques des pays producteurs de matières premières sont publiés. Les transactions entre tiers ne sont pas concernées par cette disposition. Celle-ci augmente les chances que les paiements correspondants aboutissent effectivement dans les caisses publiques. La transparence des paiements n'est de loin pas une solution qui permettra à elle seule d'endiguer la malédiction des ressources. Mais c'est une condition préalable à l'amélioration de la situation. La publication des revenus engrangés grâce aux matières premières permet en effet à la société civile locale de poser des questions critiques à son gouvernement et aussi de lui demander des comptes sur la répartition de la rente provenant de l'extraction des matières premières. La transparence des paiements est donc une forme d'aide, instaurant les conditions d'un développement autonome et un excellent moyen de créer une relation de confiance entre citoyens, citoyennes et gouvernement ainsi que de prévenir la corruption. C'est la raison pour laquelle la coalition « Publiez ce que vous payez » ([PWYP](#)), un réseau global de plus de 800 ONG, représentée en Suisse par la Déclaration de Berne et Swissaid, s'engage à l'échelle mondiale pour davantage de transparence dans le secteur des matières premières.

### 2.2.2 Contexte international

Dans son rapport sur la transparence des paiements publié en 2014, le Conseil fédéral relève à juste titre l'existence « à l'échelon international [d']une tendance en faveur d'une plus grande transparence des paiements effectués par les entreprises du secteur des matières premières aux gouvernements »<sup>31</sup>. Dans une analyse récente, *The Economist* le

---

<sup>28</sup> [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 4.

<sup>29</sup> [Reverse the curse, Maximizing the potential of resource-driven economies](#), December 2013, pp. 31-33.

<sup>30</sup> [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 16.

confirmait : « Le sens de la marche est clairement indiqué. »<sup>32</sup> Ces dernières années, la communauté internationale a tenté d'instaurer un standard mondial en matière de transparence des paiements en adressant tant les responsabilités des Etats sièges des sociétés du secteur des matières premières que celles des Etats producteurs.

L'Initiative pour la transparence des industries extractives (ITIE) réunit les Etats producteurs de matières premières disposés à faire preuve de transparence. La Suisse est un « pays qui soutient l'ITIE » ; elle s'acquitte à ce titre de contributions financières. Un comité composé de représentants des « parties prenantes » (Etats, entreprises et ONG), définit des règles sur le plan international (type des versements à rendre publics, niveau de détail, etc.) que les pays producteurs doivent ensuite mettre en œuvre. L'ITIE est une initiative importante, mais elle ne suffit pas. Des pays particulièrement opaques (par exemple, l'Angola ou la Guinée équatoriale, dans lesquels des sociétés suisses du secteur des matières premières sont actives) ne sont en effet pas (ou plus) membres de l'ITIE pour des raisons évidentes et n'entendent pas le devenir. Par ailleurs, les Etats faibles manquent de moyens afin de contrôler que leurs règles à ce sujet soient effectivement traduites dans les faits ou pour contrôler l'ensemble des flux financiers. Mise à part l'exclusion d'un pays participant à l'initiative, l'ITIE n'a aucun moyen de sanction à sa disposition.

Les lacunes de l'ITIE expliquent pourquoi de plus en plus d'Etats où les entreprises de matières premières ont leur siège, parfois des Etats où elles sont cotées en Bourse, contribuent, de leur côté, à renforcer la transparence des paiements. Déjà en 2010, la *Bourse de Hong Kong* a introduit des dispositions modestes en la matière pour les sociétés demandant leur cotation, ou lors d'importantes transactions. L'[UE](#) et les [Etats-Unis](#) ont pris les devants sur le plan légal. En tant que sièges de nombreuses entreprises extractives, tant l'UE que les USA exigent de celles-ci qu'elles publient leurs versements à des gouvernements, indépendamment du fait qu'ils soient destinés à un Etat membre de l'ITIE ou non. Ainsi, tous les pays dans lesquels une entreprise opère sont recensés et les données recueillies correspondent à un standard unifié – défini précisément et d'une façon très semblable à celui de l'ITIE<sup>33</sup>, ce qui facilite les comparaisons. La [Norvège](#) a introduit une disposition légale analogue en janvier 2014. Les premiers rapports des sociétés sont attendus pour mars 2015. En [Grande-Bretagne](#) comme en [France](#), la transposition de la directive UE dans le droit national a été effectuée le 1<sup>er</sup> décembre 2014 et le 1<sup>er</sup> janvier 2015, respectivement. L'Italie, l'Allemagne, la Suède, le Danemark et la Finlande ont fait part de leur volonté de mettre leur législation à jour dans le courant de 2015. Au [Canada](#), un projet de loi contenant des dispositions équivalentes a été présenté en décembre 2014 et on attend son entrée en vigueur prochaine. Aux [USA](#), les dispositions d'exécution devraient être publiées à l'automne de 2015.

---

<sup>32</sup> *The Economist*, 13.12.14, « The direction of travel is clear ».

<sup>33</sup> [Directive UE sur la transparence](#) : « Ce rapport devrait mentionner les types de paiements *comparables* à ceux dont la publication est prévue dans le cadre de l'Initiative pour la transparence dans les industries extractives (ITIE) ».

[USA Dodd-Frank, Section 1504](#):

« (C) the term 'payment' – (...) includes taxes, royalties, fees (including license fees), production entitlements, bonuses, and other material benefits, that the Commission, *consistent with the guidelines of the Extractive Industries Transparency Initiative* (to the extent practicable), determines are part of the commonly recognized revenue stream for the commercial development of oil, natural gas, or minerals .»

Par ailleurs, on relève un intérêt croissant des investisseurs à l'égard de telles règles de transparence. Aux Etats-Unis, par exemple, des investisseurs gérant ensemble des fonds s'élevant à plus de 5600 milliards de dollars (et, parmi eux, UBS Global Asset Management) ont approuvé résolument l'introduction de règles relatives à la transparence des paiements<sup>34</sup>.

Au cours des dernières années, un standard international s'est développé au sein de l'ITIE et dans les lois des pays sièges des sociétés pour que les rapports concernant la transparence des paiements se fassent au niveau des projets (*project-by-project reporting*) et pas seulement au niveau des pays (*country-by-country reporting*). Ce niveau de détail améliore de façon déterminante les chances pour la société civile et les communautés locales directement affectées par l'exploitation minière ou pétrolière de demander des comptes à leurs gouvernements sur l'utilisation de la rente extractive et de bénéficier ainsi des transferts ou de la part de la rente extractive qui leur revient de droit. Pour les investisseurs, le fait de disposer de rapports par projet est central en matière de gestion du risque.

### 2.2.3 Le trou noir du négoce

Il convient de saluer le fait que le Conseil fédéral prévoie, par le présent avant-projet, de suivre la tendance internationale vers davantage de transparence dans le secteur des matières premières. Une lacune importante subsiste néanmoins dans l'avant-projet. Elle est si large que, à défaut de corrections appropriées, le projet actuel risque simplement de manquer sa cible.

Dans le domaine extractif, les réglementations UE et USA et celles des pays ayant récemment adopté des textes analogues couvriront 75 % à 80 % des entreprises cotées en Bourse. En matière de négoce, une énorme lacune subsiste. Première place mondiale du commerce des matières premières – on estime que 25 % des parts du marché mondial du négoce international de matières premières s'effectue depuis la Suisse, et même que 74 % des sociétés de négoce, au niveau mondial, ont un lien important ou très important avec la Suisse<sup>35</sup> –, il est du devoir de la Confédération de combler cette lacune.

En juillet 2014, la DB, Swissaid et le Natural Resource Governance Institute (NRGI) ont publié une étude pionnière qui a permis, pour la première fois, de quantifier les paiements effectués par des sociétés suisses aux dix plus gros Etats producteurs de pétrole au sud du Sahara<sup>36</sup>. Selon cette étude, les paiements accomplis par des négociants suisses aux gouvernements de ces pays au cours des trois dernières années représentent pas moins de 55 milliards de dollars. Ce montant équivaut au double du total de l'aide au développement reçue par ces pays durant la même période, et vingt-huit fois les montants de l'aide versée par la Confédération à l'ensemble du continent. Dans des pays comme le Nigeria ou la Guinée équatoriale, 20 % à 30 % des recettes publiques

---

<sup>34</sup> [Investors Submission](#) auprès de la Securities and Exchange Commission (SEC), 14.8.2013.

<sup>35</sup> Source des données: selon l'investisseur *First Reserve* qui s'exprimait à ce sujet au Global Commodities Summit organisé par le *Financial Times* à Lausanne en 2013 (données basées sur les informations fournies par les sociétés, dernières données annuelles disponibles), les sociétés Vitol, Glencore, Trafigura, Mercuria, Gunvor contrôlent 45 % du chiffre d'affaires des négociants physiques indépendants. Ces sociétés ont toutes leur siège principal ou leur principal siège opérationnel en Suisse. Les sociétés Cargill, Koch, Noble Group, ADM, Bunge, Louis Dreyfus couvrent 29 % supplémentaires du marché mondial. Ces sociétés possèdent toutes au moins un siège régional ou leur principale division de négoce en Suisse.

<sup>36</sup> [Big Spenders](#), Natural Resource Governance Institute, Swissaid, Déclaration de Berne, 2014.

dépendent de négociants suisses. La transparence des paiements permettrait aux négociants de contribuer efficacement à empêcher le détournement de telles sommes dans les pays producteurs.

La façon la plus importante dont la Suisse pourrait potentiellement contribuer à davantage de transparence dans le domaine des matières premières consisterait à prendre au sérieux son rôle de plaque tournante du négoce. Pourtant, le Conseil fédéral entend précisément exempter cette activité des dispositions légales contenues dans l'avant-projet. Cela est en contradiction totale avec l'analyse du Conseil fédéral, qui reconnaît lui-même le poids du négoce helvétique. Le gouvernement souligne à juste titre, à la page 56 du rapport destiné à commenter l'avant-projet soumis en consultation que, « au cours des dernières décennies, la Suisse est devenue l'une des places de négoce des matières premières les plus importantes au monde » et que, à ce titre, « elle a donc une responsabilité particulière ». Dans son rapport sur la transparence des paiements, le Conseil fédéral souligne que la régulation des activités de négoce pourrait réduire le risque de réputation qui découle de celles-ci pour la Suisse. Il note que « l'adoption de dispositions sur la transparence dans le négoce limiterait les risques pour la réputation de la Suisse dans ce domaine, où elle joue un rôle majeur au plan mondial »<sup>37</sup>.

Pour ces raisons, on peine à comprendre pourquoi le Conseil fédéral ne propose pas de soumettre le négoce des matières premières à la disposition proposée en termes de transparence des paiements. Et ce, d'autant plus que l'utilité de ces dispositions, si elles ne s'appliquent qu'aux activités extractives, semble très relative. En effet, d'après nos propres recherches, les activités extractives de toutes les sociétés du secteur suisse des matières premières devront déjà être publiées au terme des dispositions légales états-uniennes ou européennes. Le Conseil fédéral paraît d'ailleurs le reconnaître. Dans son rapport précité, il relève en effet que ces sociétés « n'auraient donc pas à subir d'inconvénients si la Suisse adoptait une réglementation analogue à celle de l'UE ou des Etats-Unis. Elles ne seraient pas soumises à une charge supplémentaire, puisque les éléments qu'elles devraient déclarer seraient les mêmes. »<sup>38</sup> Le Conseil fédéral n'a pas cru bon de présenter un aperçu des sociétés concernées par la nouvelle disposition légale et de leurs activités, ce qui aurait permis de mesurer plus précisément l'utilité marginale éventuelle de la disposition contenue dans l'avant-projet, tant que le négoce n'y est pas soumis.

Dans son commentaire de l'avant-projet (*page 177*), le Conseil fédéral propose une norme de délégation permettant de soumettre le négoce rapidement par voie d'ordonnance lorsque « plusieurs places importantes de négoce de matières premières applique(ro)nt les dispositions relatives à la transparence aussi aux négociants ». On peut se demander, à bon droit, pour quelles raisons les places de négoce d'une moindre importance que la Suisse effectueraient une telle démarche si la place du négoce des matières premières la plus importante du monde refuse de faire le premier pas. Principal marché mondial des capitaux, les Etats-Unis ont ainsi pris les devants en 2010, lorsqu'il s'est agi de réguler les sociétés cotées en Bourse aux USA, indépendamment des autres pays. Ce faisant, ils ont soumis à des règles de transparence le secteur extractif, qui jouait un rôle dominant dans

---

<sup>37</sup> [Rapport](#) relatif à la recommandation 8 du rapport de base sur les matières premières et au postulat 13.3365 « Davantage de transparence dans le secteur des matières premières » du 16 mai 2014, publié le 25.6.2014, p. 16.

<sup>38</sup> Ibid. : p. 14

leur juridiction. On attend de la Suisse qu'elle procède de même avec le négoce. Par ailleurs, le processus consistant à soumettre les négociants aux règles relatives à la transparence des paiements a déjà été initié au niveau des pays producteurs. Le nouveau standard de l'ITIE, publié en mai 2013, prévoit la publication des paiements effectués par des sociétés de négoce ou d'autres acheteurs privés à des entités étatiques<sup>39</sup>. Du point de vue des firmes concernées, la société genevo-lucernoise Trafigura a annoncé récemment vouloir publier, dès 2015, les paiements qu'elle effectue à des entités publiques de pays membres de l'ITIE. Elle reconnaît, par ailleurs, ses responsabilités dans ce domaine : « We believe that as a leading commodities trader we have a role in disclosing how much we pay to Governments and their National Oil Companies (NOCs) (...) ».<sup>40</sup>

L'annonce de Trafigura montre que le fait de devoir publier les paiements effectués à des entités étatiques du fait d'opérations de négoce – soulignons-le, précisément les transactions que l'avant-projet prévoit d'exempter – est possible, et qu'il n'engendre pas de grosses dépenses supplémentaires et qu'il n'occasionne pas de désavantage concurrentiel. A l'inverse, cela relativise les arguments du Conseil fédéral, qui affirme que la soumission des opérations de négoce aux dispositions prévues nuirait à l'attractivité helvétique et qu'il serait impossible de mettre en place une telle disposition unilatéralement. Pour ces raisons, il importe de soumettre les opérations de négoce à cette disposition dès à présent. Ce n'est qu'à cette condition que la Suisse assumerait correctement les responsabilités découlant de sa position de première place mondiale du négoce de matières premières.

## 2.3 Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains

### 2.3.1. Les enjeux et la situation internationale

Selon un rapport publié à la fin d'octobre 2014<sup>41</sup>, la moitié des entreprises européennes cotées en Bourse auraient commis de graves violations des droits humains au cours de ces dix dernières années. Le problème ne se limite cependant pas aux entreprises européennes. Comme l'ont démontré de nombreux rapports, articles de journaux et, ainsi que plusieurs interpellations parlementaires l'ont relayé, un nombre important d'entreprises suisses commettent également de graves violations des droits humains et de l'environnement à l'étranger<sup>42</sup>. Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs reconnu à plusieurs reprises, soulignant, par exemple, dans sa réponse à une interpellation parlementaire que cette situation « risque d'entacher la réputation de la Suisse et pourrait être jugée contradictoire avec notre engagement international en faveur des droits de l'homme et de l'environnement »<sup>43</sup>.

Conscient de l'ampleur des violations des droits humains commises à l'étranger par les sociétés des pays industrialisés, l'ancien secrétaire général des Nations Unies, Kofi

---

<sup>39</sup> Rule 4.1.c "Sale of the state's share of production or other revenues collected in-kind"

<sup>40</sup> Trafigura, communiqué de presse du 18 novembre 2014.

<sup>41</sup> *The Adverse Human Rights risks and Impacts of European Companies : Getting a glimpse of the picture*, European Coalition on Corporate Justice, October 2014.

<sup>42</sup> Voir par exemple *Profit or Progress ? Glencore's Corporate Responsibility in the Democratic Republic of Congo*, Bread for All, Swiss Catholic Lenten Fund and RAID, June 2014. Ou « La Suisse raffine de l'or illégal de Madre de Dios », *Le Matin Dimanche*, 25.9.2012. Ou *Distribution of Paraquat. Does Syngenta Respect Human Rights ? Legal Opinion*, European Center for Constitutional and Human Rights and Berne Declaration, December 2011.

Annan, a nommé, en 2005, un représentant spécial pour la question des droits de l'homme et des entreprises. Durant plus de six ans, ce dernier a publié des milliers de pages de recherches et mené des dizaines de consultations avec les partenaires sociaux – notamment avec les associations patronales et syndicales – pour élaborer des normes bénéficiant d'un large consensus et clarifiant le rôle des entreprises en matière de respect des droits humains. Le texte final, les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme »<sup>44</sup>, a été adopté à l'unanimité, en juin 2011, par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies. Ces principes directeurs marquent un changement de paradigme notamment sur deux points importants.

Premièrement, ils soulignent que l'Etat a le devoir de protéger les droits humains, qu'il doit donc adopter des politiques, des lois, des mesures d'incitation et d'encouragement pour que les entreprises respectent les droits de l'homme.

Deuxièmement, ils précisent que toutes les sociétés ont la responsabilité de respecter les droits humains, partout dans le monde, non seulement dans le cadre de leurs propres activités et de celles de leurs filiales, mais également dans le cadre des relations commerciales qu'elles entretiennent avec leurs sous-traitants et leurs fournisseurs (Principe directeur 13). Le respect des droits humains n'est donc plus une possibilité, mais une responsabilité pour tous les acteurs économiques. Concrètement, cette responsabilité signifie que les sociétés doivent adopter des mesures de diligence (*due diligence*), afin d'éviter de commettre des violations des droits humains dans leurs activités (*do no harm*). Elles ont aussi la responsabilité de remédier à toute violation et à tout impact négatif qui pourraient avoir eu lieu.

Dans le domaine des mesures contraignantes permettant aux Etats de mettre en œuvre leur obligation de protéger les droits humains, le rapporteur spécial des Nations Unies, John Ruggie, a souligné<sup>45</sup> que le droit des sociétés constitue un domaine prioritaire. Il permet de créer de la clarté, de la stabilité et des règles uniformes (*level playing field*) pour toutes les entreprises et tous les membres de conseils d'administration : « Les lois sur les sociétés et les valeurs mobilières ne précisent pas clairement ce que les sociétés et leurs agents sont autorisés à faire, et, a fortiori, ce qu'ils sont tenus de faire pour ce qui concerne les droits de l'homme. Les lois et les politiques en vigueur dans ce domaine devraient fournir des indications suffisantes pour permettre aux entreprises de respecter les droits de l'homme, en tenant dûment compte du rôle des structures de gouvernance existantes, comme les conseils d'administration. »<sup>46</sup>

Ces dernières années, les exemples de législations en matière de droit des sociétés et de rapports extrafinanciers se sont multipliés en Europe et dans le monde. Dans le droit des sociétés anglais, par exemple, l'obligation pour les membres du conseil d'administration de prendre en compte l'environnement et les communautés a été complétée, en 2014, par

---

<sup>43</sup> [Violation des droits humains et de l'environnement par des filiales de multinationales](#), Interpellation 12.3517.

<sup>44</sup> [Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme](#), Conseil des droits de l'homme, Nations Unies, 2011.

<sup>45</sup> [Human rights and corporate Law: trends and observations from a cross-national study conducted by the Special Representative](#), May 2011, A/HRC/17/31/add.2.

<sup>46</sup> Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, Commentaire au principe 3.

un article sur les droits humains<sup>47</sup>. En France, le Code de commerce contient, depuis 2010, une obligation pour les sociétés d'inclure dans leur rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités »<sup>48</sup>. Au niveau européen, une directive adoptée en automne 2014<sup>49</sup> exige de toutes les entreprises de plus de 500 employés, ou ayant un chiffre d'affaires de plus de 40 millions d'euros par an, qu'elles présentent un rapport non financier sur l'impact de leurs activités en matière d'environnement, de droits du travail, de droits humains et de corruption ainsi que sur leurs politiques à ce sujet. Aux Etats-Unis, l'approche est plus sectorielle. Certaines réglementations se concentrent sur un pays particulier, comme la directive américaine sur la transparence des investissements au Myanmar<sup>50</sup>. Celle-ci exige que les sociétés rendent compte de leurs opérations et de celles de leurs filiales au Myanmar ainsi que des processus de diligence mis en place en matière de droits humains, d'environnement, de lutte contre la corruption et d'achat ou de location de terres. D'autres textes de loi prévoient de telles obligations, tout en les limitant à certains droits humains, comme la California Supply Chain Transparency Act<sup>51</sup>, qui concerne la prévention de l'esclavage et la traite d'êtres humains.

### 2. 3. 2. La situation en Suisse

Dans l'étude de droit comparé qu'il a publiée à la fin de mai 2014, à la suite d'un postulat de la Commission des affaires étrangères<sup>52</sup>, le Conseil fédéral reconnaît que les Principes directeurs constituent le cadre de référence incontournable comme instrument de mise en œuvre de la responsabilité sociale des entreprises. Il reconnaît également que la mise en œuvre de ces principes suppose un mélange de mesures volontaires et de mesures contraignantes. Le Conseil fédéral fait encore un pas de plus en proposant diverses pistes législatives concrètes permettant d'introduire une obligation de diligence en matière de droits humains dans le droit suisse<sup>53</sup>. La concrétisation de ces pistes n'a cependant pas encore eu lieu. Et la Suisse risque de devenir un havre pour les sociétés qui souhaitent se soustraire aux obligations européennes en matière de droits humains, d'environnement et de rapport extrafinancier sur ces thèmes.

Le rapport de droit comparé met en lumière les lacunes actuelles du droit suisse, à savoir que :

- lorsqu'il est question des relations qu'entretient une société avec ses filiales ou ses relations commerciales, il n'existe pas d'obligations claires pour les sociétés et leurs organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement ;

---

<sup>47</sup> [Companies Act](#), Article 417, The National Archives, UK.

<sup>48</sup> [Code de commerce](#), article R 225-102-1.

<sup>49</sup> [European Parliament legislative resolution of April 2014](#) on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the council amending Council directives 78/660/EEC and 83/349/EEC as regards disclosure of non-financial and diversity informations by certain large companies.

<sup>50</sup> [Media Note: Burma Responsible Investment Reporting Requirements](#), U.S. Department of State, 23.5.2013.

<sup>51</sup> [California Transparency in Supply Chains Act of 2010](#).

<sup>52</sup> [Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#), postulat 12.3980.

<sup>53</sup> [Divers mécanismes de diligence possibles pour les entreprises](#), communiqué du DFJP, 28 mai 2014.

- les sociétés ne sont pas tenues de publier un rapport extrafinancier, avec des informations systématiques et accessibles quant à leurs politiques en matière de droits humains et d'environnement.

a) Les devoirs des sociétés et des organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement

Selon le Code des obligations actuel, le conseil d'administration doit « exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données »<sup>54</sup> (article 716 a CO, alinéas 1, 5). Il est également stipulé que les membres du conseil d'administration ou toute personne responsable de la gestion répondent du dommage qu'ils causent à la société intentionnellement ou par négligence (article 754 CO). En dépit des constats du Conseil fédéral, l'avant-projet mis en consultation ne prévoit pas de modifier ces articles. C'est une occasion manquée : les dispositions légales actuelles sont en effet tout à fait insuffisantes pour mettre en œuvre une politique en matière de droits humains répondant aux Principes directeurs. Pour plusieurs raisons.

Premièrement, le devoir pour le conseil d'administration de veiller au respect des règlements et des instructions, selon l'article 716 CO, ne s'applique qu'aux directives internes existantes. La loi n'exige donc pas l'adoption d'une politique de droits humains et d'environnement pour les sociétés qui n'en auraient pas. Les firmes les moins responsables peuvent le rester, alors que les membres de conseils d'administration de sociétés qui ont déjà une politique des droits humains, sont soumis à une responsabilité en droit des sociétés plus importante. Ou, pour le dire autrement, le Code des obligations actuel n'a aucun impact sur les « moutons noirs ».

Deuxièmement, l'article 716 CO n'établit pas clairement que le standard pour un règlement en matière de droits humains devrait être la mise en œuvre d'une procédure de diligence répondant aux normes internationales, conformément à ce qui est prévu dans les Principes directeurs. Selon l'avant-projet actuel, chaque société reste donc libre d'établir les règlements ou les instructions qui lui conviennent et le conseil d'administration doit uniquement veiller au respect du standard volontaire que la firme s'est elle-même fixé.

Troisièmement, selon l'article 754 CO, les administrateurs ou les dirigeants ne répondent d'un dommage que si leurs décisions ou leurs actions ont nui à l'intérêt de la société. Les membres du conseil d'administration pourraient peut-être être rendus responsables d'un manque de diligence en matière de droits humains ou d'environnement, mais uniquement si les violations constituent un risque pour le succès de la société, c'est-à-dire s'ils ont un coût économique pour la firme<sup>55</sup>. Ces coûts peuvent exister si des violations des droits humains font, ou peuvent faire, l'objet d'une plainte pénale. Ou

---

<sup>54</sup> [Loi fédérale complétant le Code civil suisse. Livre cinquième : Droit des obligations.](#)

<sup>55</sup> Selon la jurisprudence, les administrateurs ont été accusés d'un manque de diligence, sur la base de l'article 754, principalement dans des cas de faillites ou de liquidation. Aucune jurisprudence ne fait référence à des enjeux non financiers comme les droits humains ou des atteintes à l'environnement. A cet égard, il faut encore souligner que, dans le cadre de l'article 754, le plaignant doit pouvoir démontrer la violation d'un devoir. Or, dans le CO actuel, les organes dirigeants n'ont pas de devoirs en matière de droits humains et d'environnement, comme nous l'avons démontré.

encore si des abus sont dénoncés par une campagne internationale, campagne dont l'impact engendrerait un risque de réputation ayant une incidence sur les bénéficiaires de la société ou les intérêts patrimoniaux de ses actionnaires. Cependant, de tels cas de figure demeurent rares. Et, dans tous les cas, cette responsabilité d'évaluer les risques que posent les droits humains uniquement dans leur matérialité pour la firme n'a rien à voir avec un processus systématique de diligence en matière de droits humains et d'environnement.

b) L'absence d'une obligation de publier un rapport extrafinancier

Dans le Code des obligations actuel, comme dans l'avant-projet mis en consultation, les membres du conseil d'administration sont chargés de présenter une évaluation des risques dans le rapport annuel (article 961c, alinéa 2, point 2 CO). Cet article ne concerne cependant que les risques matériels pour la société. Il n'inclut pas de rapport extrafinancier ni d'obligation de rendre compte systématiquement des démarches faites par la société en matière de droits humains et d'environnement.

En effet, l'analyse des risques est une pratique courante dans la vie des sociétés, mais celle-ci se limite traditionnellement à une évaluation des risques qui se posent à la société et non à une évaluation des risques que la société pose à des acteurs externes (communautés, villageois, environnement, etc.). Or, dans le cadre d'un processus de diligence en matière de droits humains et d'environnement, les détenteurs de droits (*rightsholders*) sont au centre de l'évaluation des risques. Concrètement, cela signifie que les impacts en matière de droits humains et d'environnement doivent être pris en compte même s'ils n'ont pas de matérialité pour la société. Ou, pour le dire autrement, les membres du conseil d'administration et de la direction doivent prendre en compte l'impact des activités de la société sur les droits humains, même si cet impact ne nuit pas aux intérêts de la firme, n'aura pas de conséquences financières ou ne suscitera pas de risques de réputation pour la société.

Ce changement de perspective a été intégré par l'Union européenne dans le cadre de sa nouvelle Directive sur les rapports extrafinanciers. Celle-ci exige des entreprises qu'elles publient les informations permettant de comprendre le développement de la société, sa performance, sa position, mais aussi l'impact de ses activités sur les droits humains et l'environnement<sup>56</sup>. Le texte fait également référence à la nécessité, pour les firmes, de rendre compte publiquement des processus de diligence mis en place pour évaluer et gérer les risques de violations des droits humains qu'elles engendrent.

### 2. 3. 3. La réforme du droit de la société

Pour qu'une obligation de diligence en matière de droits humains et d'environnement soit efficace, il faut qu'elle repose sur l'introduction d'un devoir, et la reconnaissance d'une responsabilité, au sein des organes dirigeants. Il faut également qu'elle permette de s'assurer que les organes dirigeants et la société :

---

<sup>56</sup> [Résolution législative du Parlement européen du 15 avril 2014](#) sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes.

- identifient préventivement les risques de leurs activités pour les droits de l'homme et l'environnement ;
- prennent les mesures adéquates pour circonvenir ces risques et atténuer les impacts négatifs ;
- fassent un suivi de l'efficacité des mesures prises ;
- publient des informations complètes sur ces mesures.

Pour que l'efficacité de ces mesures soit avérée, il faut enfin introduire certains mécanismes de contrôle.

Les modifications que nous proposons au projet de révision du droit des sociétés couvrent l'ensemble de ce champ.

a) Le devoir de diligence

Le devoir de diligence en tant que tel serait introduit par le biais d'un nouvel article 717 b CO – devoir de diligence étendu pour certaines sociétés – que nous proposons. La mention claire et sans équivoque d'un tel devoir de diligence en matière de droits humains et d'environnement permettrait :

- d'ancrer les enjeux des droits humains au plus haut niveau hiérarchique d'une société et d'élargir les compétences des organes dirigeants dans ce domaine ;
- de placer les droits humains et l'environnement au cœur des processus de décision et de clarifier les droits et les devoirs des organes dirigeants, particulièrement en cas de conflits d'intérêts entre développement économique et respect des droits humains ;
- de clarifier les attentes du Conseil fédéral envers les firmes ;
- de créer des règles uniformes pour toutes les sociétés dont le siège est en Suisse.

Cette disposition ne mettrait pas en question le fondement du droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la responsabilité des organes de la société mère pour les actes de sa filiale, mais accentuerait les obligations de la société mère en matière de gestion des risques dans le domaine des droits humains et de l'environnement.

b) Le rapport extrafinancier

Le devoir de diligence introduit l'obligation, pour la société, d'agir pour le respect des droits humains et de l'environnement. L'obligation de publier un rapport extrafinancier, quant à elle, introduit un devoir de transparence. Comme le souligne le Conseil fédéral, la transparence constitue « un élément central pour une mise en œuvre efficace de toute nouvelle réglementation »<sup>57</sup>. Nous proposons d'ajouter une telle obligation dans la présente révision du droit de la société en ajoutant un nouvel article 716c CO.

Afin de permettre d'établir des comparaisons, et pour être significative, l'obligation de publier un rapport extrafinancier doit contenir au minimum les éléments suivants :

- une description des politiques de diligence en matière de droits humains et d'environnement ;

---

<sup>57</sup> [Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger](#), Confédération suisse, 2.5.2014.

- le résultat de ces politiques ;
- les principaux risques identifiés en relation avec les opérations de la société, y compris les sociétés qu'elle contrôle ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, et comment la société gère ces risques ;
- des indicateurs de performance basés sur les standards internationaux de diligence.

Ces éléments ne sont pas nouveaux : ils constituent le fondement du rapport extrafinancier exigé par l'Union européenne.

Quelle que soit la forme adoptée (rapport annuel, annexe au rapport annuel, rapport séparé), le rapport non financier doit être public et facilement accessible, sur papier et électroniquement. En effet, les informations contenues dans les rapports extrafinanciers ne sont pas seulement destinées aux actionnaires. Elles doivent également permettre aux organisations non gouvernementales, aux médias ou aux communautés d'accéder à des informations relatives aux politiques des firmes. Enfin, elles doivent permettre aux entreprises d'échanger des bonnes pratiques et de faire évoluer leur performance dans ce domaine. Le Conseil fédéral le souligne également : « Un éventuel rapport ne devrait pas avoir uniquement les actionnaires pour destinataires. Il existe certainement un intérêt public à la diffusion plus large de ces informations. »<sup>58</sup>

#### c) Les mécanismes de contrôle

Le rapport extrafinancier accroît la transparence des politiques de la firme. Pour garantir la solidité des informations fournies, il est également nécessaire d'introduire un outil de contrôle. A cet égard, il est important d'élargir le catalogue des tâches de l'organe de révision, telles que définies à l'article 728a CO. Nous proposons d'ajouter un cinquième alinéa à l'article 728a CO de l'avant-projet, afin d'inclure un devoir pour l'organe de révision de contrôler si le rapport extrafinancier est conforme aux dispositions légales et aux statuts.

L'organe de révision ne constitue cependant pas le seul outil de vérification : la surveillance exercée par les actionnaires, via la possibilité de demander un examen spécial, est également un outil important du droit des sociétés. Par cet outil, les actionnaires peuvent demander une analyse et un dialogue sur des enjeux relevant des devoirs et des attributions des organes dirigeants. Dans l'avant-projet, la possibilité de demander un contrôle spécial n'existe que pour des violations de la loi ou des statuts qui portent préjudice à la société, et donc qui ont une matérialité pour elle. Afin de tenir compte du changement de paradigme impliqué par les Principes directeurs de l'ONU et de permettre un contrôle des devoirs et des attributions en matière de droits humains et d'environnement, une adaptation de l'article 697 d, alinéa 3 CO est nécessaire. Il convient d'ajouter la possibilité de demander un contrôle spécial lorsqu'une infraction commise par les organes dirigeants porte préjudice aux détenteurs de droits humains ou à l'environnement.

#### d) La plainte

---

<sup>58</sup> *Rapport de droit comparé*. op.cit, p.10.

Lorsque le contrôle spécial ne permet pas de clarifier une situation, ou lorsque les organes dirigeants ont pris des décisions qui ont nui aux intérêts de la société, les actionnaires peuvent déposer une plainte. Le projet de révision apporte un changement intéressant à cet égard, en introduisant la possibilité, pour les actionnaires, d'intenter une action aux frais de la société. En effet, dans le droit actuel, l'intérêt économique des actionnaires est insuffisant pour motiver une plainte, même en cas de faute grave, puisque l'actionnaire agit en paiement à la société. Concrètement, cela signifie que c'est la société qui bénéficie d'un paiement, si les administrateurs sont condamnés pour mauvaise gestion ou un manquement à leurs devoirs. Les actionnaires paient donc des frais de justice, mais ne sont que très partiellement dédommagés s'ils obtiennent gain de cause devant le tribunal. Le projet de révision assouplit cette disposition en introduisant la possibilité pour les actionnaires de faire porter les frais d'une action en justice à la société pour autant qu'un certain nombre de conditions, définies aux articles 697 j et 697 k) CO, soient remplies. Afin que le droit d'intenter une action aux frais de la société s'applique aussi en cas de violation des devoirs des organes dirigeants en matière de droits humains et d'environnement, il est nécessaire d'apporter une modification à l'article 697k, alinéa 2a CO.

### 3. Remarques spécifiques

Dans ce chapitre, nous présentons les modifications que nous proposons d'apporter à l'avant-projet de loi, afin qu'il tienne compte de nos commentaires généraux.

#### 3.1 Renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques (ADE) des sociétés anonymes

Afin de renforcer les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques, toutes les sociétés anonymes sont tenues d'accorder à quiconque le droit de consulter, à leur siège, la liste de leurs ayants droit économiques, au sens de l'article 697 j CO<sup>59</sup>. L'obligation pour les sociétés anonymes de tenir une telle liste existe déjà (art. 697 l CO). Il suffit d'ajouter à cet article une phrase obligeant les sociétés à rendre cette liste publique en tout temps.

Proposition : ajouter le point 3 (souligné) :

#### Article 697l (CO)

1. La société tient une liste des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés à la société.
2. Cette liste mentionne soit le prénom et le nom, soit la raison sociale ainsi que l'adresse des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques. Elle mentionne la nationalité et la date de naissance des détenteurs d'actions au porteur.
3. La liste des ayants droit économiques de la société est publique et peut être consultée en tout temps au siège de la société. Elle reflète en tout temps l'état de fait réel.
4. [reprendre l'ancien alinéa 3]

---

<sup>59</sup> [Loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations du Groupe d'action financière \(GAFI\)](#), du 12.12.2014.

Cette disposition n'est cependant pas suffisante. Il peut s'avérer relativement coûteux ou compliqué – par exemple pour des entreprises étrangères cherchant à connaître leurs partenaires d'affaires suisses – d'accomplir une telle démarche. Il serait dès lors utile de compléter cette disposition par une obligation, pour les sociétés, de publier annuellement la liste des personnes qui les contrôlent dans leurs rapports d'activité, et de s'assurer que ceux-ci sont publiés par le Registre du commerce.

Cela nécessite la modification de deux dispositions du Code des obligations. Il est nécessaire, d'une part, de modifier les dispositions relatives à la publication des comptes des sociétés :

Proposition : remplacer les dispositions actuelles par les dispositions suivantes :

Article 958e (CO) – Publication et consultation

Les comptes annuels individuels et les comptes annuels consolidés accompagnés de leurs annexes et des rapports de révision doivent être déposés auprès du Registre du commerce dans les deux mois qui suivent leur établissement.

Le Registre du commerce est chargé de leur publication par voie électronique, conformément aux dispositions figurant à l'article 929a.

D'autre part, il est important de préciser que l'annexe aux comptes doit comporter la liste des ayants droit économiques à la date de bouclage des comptes :

Proposition : ajouter le point suivant (souligné) :

Article 959c CO, alinéa 2

15. La liste des ayants droit économiques au sens de l'article 697j à la date du bouclage des comptes.

### 3.2 Transparence des paiements dans le secteur des matières premières

Le champ d'application des dispositions relatives à la transparence des paiements dans le secteur des matières premières est en inadéquation avec la structure de ce secteur en Suisse. Comme indiqué plus haut, ce secteur est caractérisé par des sociétés actives avant tout dans le négoce, alors que les dispositions prévues dans l'avant-projet concernent les activités extractives. Certes, il est important de soumettre également ces dernières aux dispositions proposées. L'effet de cette mesure sera toutefois très faible, car les activités extractives des principales sociétés helvétiques sont déjà couvertes par les dispositions en vigueur aux Etats-Unis ou dans l'Union européenne, du fait de la cotation en Bourse de ces sociétés ou de la localisation de leurs filiales dans ces juridictions. Les dispositions proposées ne peuvent dès lors déployer leurs effets que si le négoce de matières premières est soumis à l'article 964a alinéa 1 CO au même titre que les activités extractives.

Dans le secteur des matières premières, l'usage d'intermédiaires ou d'hommes de paille, mais aussi le recours à des sociétés écrans créées afin de s'interposer entre les entités étatiques et les sociétés privées et destinées à dissimuler leur relation directe est fréquent. Cette pratique est particulièrement répandue dans le négoce de matières premières, notamment de produits pétroliers, ou lors d'achat ou de revente rapide de licences

d'exploration ou d'extraction (*licence flipping*). Le recours à des intermédiaires est néanmoins utilisé aussi pour éviter d'avoir à remplir les obligations existant en matière de transparence des paiements (puisque seuls les paiements effectués à des gouvernements doivent être publiés). Dès lors, il est essentiel de disposer de mesures analogues à celles figurant dans la Directive UE et destinées à empêcher que les règles en la matière soient contournées (article 43.4). Du point de vue de la systématique du droit, cette disposition devrait figurer à l'article 964c CO. Une première tentative prudente – mais importante – dans ce sens figure à l'alinéa 4 proposé ci-dessous. Elle propose d'inclure les personnes proches des entités étatiques.

Cette disposition peut contribuer à découvrir les tentatives de contournement des règles proposées et, dès lors, elle renforce l'avant-projet. Il convient néanmoins de la compléter et de la renforcer par l'adjonction des alinéas 5 et 6 proposés ci-dessous, couvrant non seulement les entités publiques, mais également les personnes proches des sociétés assujetties ou des firmes que celles-ci contrôlent, qui pourraient agir comme intermédiaires dans les transactions, afin de contourner les obligations de transparence. L'efficacité de cette disposition est en étroite relation avec les dispositions relatives à la publicité des ayants droit économiques discutées plus haut dans notre prise de position.

Proposition : ajouter les termes (souligné) :

Article 964a CO

1. Les entreprises que la loi soumet au contrôle ordinaire et qui sont, directement ou indirectement, actives dans la production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou dans l'exploitation de forêts primaires et celles qui sont actives dans le négoce de ces biens doivent établir, chaque année, un rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.
2. [inchangé]
3. [inchangé]
4. [inchangé]
5. Un paiement dû à une entité étatique et reçu par une entité non étatique est considéré comme un paiement à une entité étatique.
6. Un paiement effectué en lieu et place d'une société soumise au présent article est considéré comme un paiement de cette société.

L'article 964b CO détaille le type de paiements qui sont soumis aux dispositions de la loi. Il convient d'y faire figurer les paiements résultant d'opérations de négoce dans un nouvel alinéa 8. Comme les impôts indirects et les taxes à la consommation perçues sur les opérations du secteur des matières premières peuvent jouer un grand rôle pour les pays producteurs, il convient de les exclure de l'exception prévue à l'alinéa 2. Il convient également d'ajouter une disposition à l'alinéa 4 pour éviter que les dispositions légales soient contournées par le gonflement excessif des dividendes et la réduction équivalente d'autres paiements.

Proposition : ajouter les termes (souligné) :

Article 964b CO

1. Les paiements peuvent être effectués en espèces ou en nature. Ils comprennent notamment les types de prestations suivantes.
  1. [inchangé]
  2. Les impôts ou les taxes sur la production, le revenu ou le bénéfice des entreprises, à l'exclusion des taxes sur la valeur ajoutée ou sur le chiffre d'affaires et des autres impôts ou taxes sur la consommation tant que ceux-ci ne sont pas prélevés sur des opérations de négoce.
  - 3 [inchangé]
  4. Les dividendes, à l'exclusion des dividendes versés à un gouvernement en sa qualité d'actionnaire tant que ces dividendes lui sont versés à des conditions identiques à celles applicables aux autres actionnaires et qu'ils ne sont pas versés en lieu et place d'autres versements en nature ou en espèces.
  - 5 à 7 [inchangés]
  8. Des paiements à des entités étatiques du fait d'opérations de négoce de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou de produits de l'exploitation de forêts primaires.

L'article 964c alinéa 1 CO de l'avant-projet répète la disposition qui figure à l'article 964a CO. Il convient, par conséquent, de supprimer cet alinéa.

Du fait de la modification des cours du change intervenue en janvier 2015, la limite financière à partir de laquelle les paiements sont soumis à la loi (article 963c alinéa 2 CO) devrait être adaptée à 100 000 francs, afin de correspondre aux limites existant dans les législations européenne et américaine (EU = 100 000 € ; USA = 100 000 \$).

L'article 964c alinéa 3 CO définit le niveau de consolidation des paiements devant être publiés. C'est par conséquent une des dispositions les plus importantes de l'avant-projet. L'obligation de décliner les paiements par projet est d'une importance cruciale pour la gestion des risques des investisseurs allouant des fonds à un projet, pour les populations directement affectées par l'exploitation des ressources naturelles ainsi que les entités étatiques infranationales (provinces, régions, etc.). Ce n'est qu'avec cette précision décisive que les paiements provenant de projets spécifiques et destinés à des collectivités publiques infranationales peuvent être estimés et qu'il est possible, pour les populations concernées, de s'assurer de leur usage approprié. Par ailleurs, la consolidation de tels paiements au niveau des projets est devenue un standard international, tant au sein de l'ITIE que dans les dispositions légales équivalentes de l'UE ou des Etats-Unis. Du fait de l'importance cruciale de cette disposition, il paraît approprié de décrire plus précisément ce qu'est un « projet » dans un nouvel alinéa 4. En outre, nous aimerions attirer l'attention sur la nécessité de prévoir plus précisément, dans les dispositions d'application de cette loi, comment la matérialité des liens entre un projet et le paiement qui lui est lié doit être définie.

Par ailleurs, afin de permettre de classer correctement les paiements en fonction du projet dont ils découlent ou de la nature du transfert, et pour éviter que les règles ne soient contournées, il convient de préciser les dispositions prévues à l'alinéa 2 et d'y ajouter des dispositions plus précises, formulées dans de nouveaux alinéas 5 et 6. Ces nouveaux alinéas correspondent aux dispositions équivalentes prévues dans la Directive européenne [articles 43 (2) et 43 (4)].

Afin de faciliter la comparaison internationale des rapports sur les paiements effectués à des entités étatiques, il est important de préciser, à l'alinéa 8, que ces rapports ne doivent pas seulement être produits dans une langue nationale, mais également en anglais.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964c CO

~~1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements ne rend compte que des paiements provenant des activités de production de minerais, de pétrole ou de gaz naturel ou d'exploitation de forêts primaires.~~

2. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements comprend tous les paiements relatifs aux activités figurant à l'article 964a effectués à des entités étatiques, dès lors qu'ils atteignent au moins 120 000 100 000 francs par exercice, qu'ils prennent la forme d'un versement effectué en une seule fois ou d'une série de paiements atteignant ensemble au moins 120 000 100 000 francs.

3. [inchangé]

4. Un projet est défini comme toute activité opérationnelle correspondant à un contrat, à une licence, à un contrat de location ou de vente, à l'octroi d'une concession ou à tout accord contractuel semblable, et qui représente la base d'un paiement à des entités étatiques.

5. Les paiements, les activités ou les projets ne peuvent être scindés artificiellement ou agrégés de façon à contourner les obligations découlant des dispositions du présent article<sup>60</sup>.

6. Le rapport financier sur les paiements doit refléter la substance de chaque paiement, de chaque activité ou de chaque projet et non sa forme<sup>61</sup>.

7. [point 4 de l'avant-projet, corrigé ainsi :] Le rapport est établi par écrit dans une des langues nationales ~~ou~~ et en anglais et doit être approuvé par l'organe supérieur de direction ou d'administration.

Les dispositions proposées dans l'avant-projet prévoient que les rapports sur les paiements effectués par des sociétés suisses à des entités étatiques soient publiés sous forme électronique, ce qui signifie probablement, en premier lieu, que de tels rapports seraient publiés sur la page internet de la société considérée. Cependant, les sociétés peuvent fusionner, racheter d'autres firmes, faire faillite et ainsi disparaître. Pour cette raison, il est important que les sociétés soient aussi obligées de transmettre leurs rapports

<sup>60</sup> Basé sur la Directive UE, article 43 (4): « Les paiements et les activités ne peuvent être artificiellement scindés ou regroupés pour échapper à l'application de la présente directive. »

<sup>61</sup> Basé sur la Directive UE, article 43 (4): « La déclaration des paiements visée au présent article reflète la substance du paiement ou de l'activité concernés, plutôt que leur forme. (...) »

à un office central chargé de les conserver et de les mettre à disposition du public. L'Office fédéral du registre du commerce paraît être l'autorité la plus appropriée pour se charger d'une telle tâche.

Par ailleurs, il est crucial que ces rapports soient produits dans un format électronique lisible et consultable par ce biais, afin de faciliter leur consultation et leur comparaison. Le lien entre le registre suisse conservant ces rapports et les offices chargés de tâches analogues dans d'autres Etats permettrait de comparer les rapports à l'échelle internationale, ce qui augmente grandement leur utilité. La réglementation britannique entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2014 (*Reports on Payments to Governments Regulation 2014*) constituant la transposition dans le droit britannique de la Directive européenne prévoit aussi que les rapports sur les paiements effectués aux entités étatiques soient transmises à un registre central. Afin que ces rapports restent disponibles pour des recherches historiques ou la recherche scientifique, il importe de les conserver pendant 25 ans.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964d CO

1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements est publié par voie électronique. Il doit être déposé auprès d'un office chargé de tenir un registre central de tels rapports ; il y est consultable publiquement sous format électronique.
2. Les publications électroniques doivent être délivrées dans un format lisible et consultable électroniquement.
3. Il doit rester accessible au public au moins pendant ~~dix~~ vingt-cinq ans.

Pour les raisons précitées, les rapports doivent être conservés au moins durant vingt-cinq ans et fournis dans un format électronique aisément lisible.

Proposition : ajouter les termes soulignés, supprimer les termes biffés :

Article 964e CO

1. Le rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements et toutes les autres pièces importantes doivent être conservés pendant au moins ~~dix~~ vingt-cinq ans. Ce délai court à partir de la fin de l'exercice.
2. [inchangé]
3. Les données enregistrées sur un support informatique doivent être accessibles pendant au moins ~~dix~~ vingt-cinq ans.

Il faut saluer comme un pas dans la bonne direction la possibilité d'élargir ultérieurement au négoce les dispositions d'exécution de la présente loi. Comme il a été exposé plus haut, et étant donné la structure du secteur suisse des matières premières, dominée par les activités de négoce, il convient d'inclure d'emblée celles-ci dans le projet de loi, au même titre que les activités extractives. Dans ces conditions, la proposition d'article 965f CO peut être biffée sans être remplacée.

Si le négoce de matières premières devait néanmoins échapper à la loi, il serait absolument nécessaire de biffer, à l'article 964f CO, les références à une démarche

internationale. La Suisse est la principale place mondiale du négoce de matières premières et notre pays devrait assumer les responsabilités qui découlent de cette position sans attendre que d'autres juridictions soient disposées à agir. Le Conseil fédéral devrait disposer de la compétence d'agir en matière de transparence des paiements dans les activités de négoce sans être obligé d'attendre une évolution internationale. Par ailleurs, une telle coordination internationale au niveau de la transparence des paiements dans le secteur du négoce, respectivement dans le domaine de la vente de matières premières par des entités étatiques à des négociants, a déjà eu lieu à l'échelle internationale dans le cadre de l'ITIE, ce qui rend superflue la disposition prévue à l'article 964f CO.

Proposition :

Article 964f CO

Proposition : supprimer les termes biffés :

~~Dans le cadre d'une procédure harmonisée à l'échelle internationale,~~ Le Conseil fédéral peut prescrire que les obligations visées aux articles 964a à 964e sont également applicables aux entreprises actives dans le négoce de matières premières.

Par ailleurs, il convient de souligner que les dispositions en matière de sanctions, par exemple lorsqu'un rapport est incomplet ou faux, telles qu'elles sont prévues dans l'avant-projet (modification de l'article 325bis CP) sont tout à fait insuffisantes. Elles doivent être repensées et une proposition nouvelle doit être faite à ce sujet.

Rien n'indique, dans l'avant-projet, quelle autorité aurait la responsabilité de contrôler les informations figurant dans les rapports remis par les sociétés ; pas davantage d'informations sur les compétences d'une autorité qui serait chargée de réclamer les rapports manquants, d'ordonner que soient complétés les rapports lacunaires et de prendre les mesures adéquates à l'encontre des sociétés négligentes. De telles fonctions pourraient être octroyées à l'Office fédéral du registre du commerce, qui pourrait également fonctionner comme autorité chargée de centraliser les rapports émis par les sociétés et de les conserver, selon la proposition faite à l'article 964d CO. Les sociétés de révision chargées d'effectuer le contrôle ordinaire des sociétés assujetties pourraient aussi être chargées de contrôler l'exactitude et l'exhaustivité de leurs rapports en matière de paiements à des entités étatiques et de renseigner la direction et les organes supérieurs de contrôle de la société du résultat de leur examen.

Les sanctions prévues pour les violations des dispositions relatives à la transparence des paiements, que celles-ci soient commises intentionnellement ou par négligence, sont insuffisantes, si l'on tient compte du montant des transactions usuellement conclues avec des entités étatiques dans le secteur des matières premières. Selon l'article 106 CP, le montant maximal de l'amende qui pourrait être infligée aux sociétés contrevenant aux dispositions prévues dans l'avant-projet serait de 10 000 francs. Une telle somme ne satisfait pas du tout, en l'espèce, les recommandations de la Directive UE, sur laquelle le présent avant-projet s'appuie. Dans son article 51, la Directive UE stipule en effet que les sanctions doivent être effectives, proportionnées et qu'elles doivent avoir un effet dissuasif. Les nouvelles dispositions prévues à l'article 325bis CP de l'avant-projet ne satisfont pas du tout à ces conditions.

La version retravaillée des dispositions relatives aux sanctions devrait s'inspirer de la façon dont la Directive UE a été transposée dans la loi britannique entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 (« [The Reports on Payments to Governments Regulations 2014](#) »)<sup>62</sup>. Les sanctions pour les violations des devoirs de publication peuvent aller jusqu'à des peines de prison. Pour les sociétés cotées en Bourse, les fausses indications peuvent entraîner des amendes substantielles, analogues à celles qu'encourent les sociétés donnant des indications fausses ou susceptibles de tromper les marchés financiers.

### 3.3. Devoirs de diligence des sociétés en matière de droits humains

Afin d'introduire un devoir de diligence des membres du conseil d'administration en matière de droits humains et d'environnement, il est nécessaire de compléter le texte du projet de révision du Code des obligations en ajoutant un nouvel article 717b CO à l'article portant sur les devoirs de diligence et de fidélité.

Proposition : ajouter l'article suivant :

#### Article 717b CO

Devoirs de diligence étendus pour certaines sociétés

Dans les sociétés soumises au contrôle ordinaire au sens de l'article 727 alinéa 1, les membres du conseil d'administration font preuve de toute la diligence nécessaire et prennent les mesures raisonnables afin que la société, les sociétés qu'elle contrôle ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, respectent les droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes, qu'il s'agisse de cocontractants ou de tiers.

Il est important de souligner que la définition du contrôle d'une société par une autre, telle qu'utilisée dans la proposition d'article 717b CO, est donnée à l'article 963 alinéa 2 CO.

L'article 717 b CO définit une obligation d'agir. La mise en œuvre efficace de ce devoir doit être accompagnée d'un devoir de transparence et de publication. L'avant-projet soumis en consultation ne contient pas d'obligation de fournir des informations non financières. Cette obligation devrait être introduite via un nouvel article 716c, alinéa 1 CO. Le rapport non financier doit être public et facilement accessible, sous la forme papier et sur internet.

Proposition : ajouter les points suivants :

#### Article 716c CO

V. Rapport extrafinancier

*Alinéa 1* Le conseil d'administration établit le rapport annuel non financier qui présente la politique de diligence en matière de droits de l'homme internationalement reconnus, les objectifs définis ainsi que les résultats de ces politiques.

<sup>62</sup> [U.K. Government, 2014.](#)

*Alinéa 2* Le rapport non financier doit indiquer :

1. la politique de diligence en matière de droits humains et d'environnement ;
2. les résultats de ces politiques ;
3. les principaux risques identifiés en relation avec les opérations de la société, y compris les sociétés qu'elle contrôle, ainsi que les sous-traitants et les fournisseurs, et comment la société gère ces risques ;
4. des indicateurs de performance basés sur les standards internationaux en la matière.

*Alinéa 3* Le rapport non financier doit être accessible publiquement, par voie électronique.

Pour garantir la fiabilité des mesures prises et des informations non financières fournies par les organes dirigeants selon les nouveaux articles 716c et 717b CO, le catalogue des tâches des organes de révision doit être adapté.

Proposition : ajouter les points suivants (souligné) :

Article 728, alinéas 1, point 5 CO

L'organe de révision vérifie :

5. si le rapport extrafinancier est conforme aux dispositions légales et aux statuts.

Pour que la demande d'un examen spécial puisse être faite sur les enjeux relatifs aux droits et à l'environnement, selon les nouvelles dispositions proposées aux articles 716 c et 717b CO, une adaptation de l'article 697d CO est nécessaire.

Proposition : ajouter le bout de phrase suivant (souligné) :

Article 697d, alinéa 3 CO

Le tribunal ordonne un examen spécial lorsque les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont enfreint les dispositions de la loi ou des statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société, aux actionnaires, à l'environnement et aux droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes.

Pour que le droit d'intenter une action aux frais de la société soit reconnu pour les enjeux relatifs aux droits humains et à l'environnement, il est nécessaire également d'adapter l'article 697k CO.

Proposition : ajouter le point suivant (souligné) :

Article 697k, alinéa 2 CO

2. Le tribunal admet la requête lorsque :

- a. les requérants rendent vraisemblable une violation de la loi ou des statuts ainsi qu'un dommage ou un préjudice financier causé à la société, à l'environnement ou aux droits de l'homme internationalement reconnus des personnes touchées par leurs actes ;

[le reste inchangé]