

---

# Articles 964a-964l et responsabilités

DAMIANO CANAPA\*

Professeur à l'Université de Lausanne, LL.M. (Bruges), LL.M. (Yale)

## Table des matières

<b>I. Introduction .....</b>	<b>169</b>
<b>II. Responsabilité pénale .....</b>	<b>170</b>
<b>III. Responsabilité civile .....</b>	<b>171</b>
A. Préambule .....	171
B. Responsabilités <i>de lege lata</i> ?.....	171
1. Nouveaux devoirs de transparence et de diligence des art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO.....	171
2. Responsabilité pour le fait propre (art. 41 CO) et responsabilité de l'employeur (art. 55 CO).....	173
3. Responsabilité dans l'administration et la gestion (art. 754 CO) .....	176
4. Responsabilité fondée sur la LCD.....	177
<b>IV. Conclusion .....</b>	<b>178</b>
<b>V. Bibliographie.....</b>	<b>180</b>

## I. Introduction

Cette contribution présente les régimes de responsabilités applicables en cas de violation des art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO<sup>1</sup>. Sont passées en revue la responsabilité pénale et les différents régimes de responsabilités civiles de l'entreprise et de ses organes.

---

\* L'auteur remercie les professeurs Aline Darbellay, LL.M., et Evelyne Schmid, pour leur relecture critique et leurs commentaires, et son assistant, Arthur Grisoni, MLaw, pour ses remarques et son aide dans la mise en forme de l'article.

<sup>1</sup> Loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

## II. Responsabilité pénale

Sur le plan pénal, deux dispositions spéciales du CP<sup>2</sup> visent spécifiquement les art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO. Ces dispositions spéciales ont une fonction similaire à celle de l'art. 325 CP (inobservation des prescriptions légales sur la comptabilité), à savoir l'application de la justice au sens large<sup>3</sup>.

L'art. 325<sup>ter</sup> al. 1 CP sanctionne d'une amende d'un montant maximum de CHF 100'000 (CHF 50'000 en cas d'action par négligence) l'inobservation des prescriptions liées à l'établissement du rapport sur les questions non financières (art. 964a ss CO) ou du rapport sur la mise en œuvre des devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants (art. 964j ss CO). Quant à l'art. 325<sup>bis</sup>, il sanctionne d'une amende de maximum CHF 10'000 (art. 106 al. 1 CP) l'inobservation des prescriptions liées à l'établissement du rapport sur les paiements effectués au profit de gouvernements.

Ces deux articles prévoient des infractions propres : sont visées les personnes tenues d'établir ou de conserver les rapports<sup>4</sup>. Les comportements sanctionnés sont (i) l'omission d'établir l'un des rapports, à savoir de le rédiger ou de le vérifier, et (ii) les vices dans la tenue ou la conservation du rapport (art. 325<sup>bis</sup> let. b CP) ou dans sa conservation et documentation (art. 325<sup>ter</sup> al. 1 let. b CP). Le contenu matériel des rapports n'entre pas dans le champ d'application des dispositions pénales, à moins que (iii) de fausses indications n'y soient contenues (art. 325<sup>bis</sup> let. a ; art. 325<sup>ter</sup> al. 1 let. a CP), par exemple si une entreprise donne intentionnellement des indications incorrectes, qui sous-estiment ses émissions de CO<sub>2</sub>. De même, une entreprise qui viole ses devoirs de diligence n'encourt aucune sanction pénale<sup>5</sup>.

Au-delà des dispositions précitées, est aussi envisageable, par exemple en cas de *greenwashing*, une responsabilité pénale basée sur l'art. 152 CP, qui réprime les faux renseignements donnés sur des entreprises commerciales s'ils sont « susceptibles de déterminer autrui à disposer de son patrimoine de manière préjudiciable à ses intérêts pécuniaires ». Une telle responsabilité pourrait entrer en ligne de compte dans l'hypothèse où une entreprise, en dissi-

---

<sup>2</sup> Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 101.

<sup>3</sup> CR CP II-DELÈZE, art. 325, N 1.

<sup>4</sup> Message du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations (Droit de la société anonyme) du 23 novembre 2016, FF 2017 353, p. 586 ; OFJ, Transparence, p. 23.

<sup>5</sup> Alors que l'art. 325<sup>ter</sup> CP punit à la fois les infractions commises intentionnellement (al. 1) et celles commises par négligence (al. 2), l'art. 325<sup>bis</sup> CP ne punit que les premières.

mulant un dommage environnemental important, maintiendrait temporairement le cours de ses actions à un niveau élevé – attirant de nouveaux actionnaires –, jusqu’au moment où le dommage serait révélé, la révélation ayant pour effet de provoquer une baisse de la valeur des actions. Il en irait de même si une entreprise, à la suite de déclarations publiques mensongères s’agissant de ses engagements dans un projet d’infrastructure verte, voyait son cours boursier monter après avoir attiré des investisseurs, avant que ce dernier ne s’effondre au moment où la vérité serait révélée<sup>6</sup>.

### III. Responsabilité civile

#### A. Préambule

Les art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO ne contiennent aucune norme spéciale de responsabilité civile<sup>7</sup>.

Cette situation contraste avec le texte de l’initiative « *Entreprises responsables – pour protéger l’être humain et l’environnement* ». En effet, ce dernier prévoyait d’introduire dans la Cst.<sup>8</sup> un art. 101a al. 2 let. c, qui aurait notamment rendu responsable une entreprise des dommages causés suite à une violation « *des droits de l’homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales* » par les entreprises par elle contrôlées<sup>9</sup>.

#### B. Responsabilités de lege lata ?

##### 1. Nouveaux devoirs de transparence et de diligence des art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO

Les art. 964a ss, 964d ss et 964j ss CO étendent la liste des devoirs de l’organe suprême de direction ou d’administration, à savoir, dans une SA, du CA.

D’une part, l’art. 964b al. 1 CO dispose que le rapport sur les questions non financières doit contenir les informations nécessaires pour comprendre les incidences de l’activité de l’entreprise sur les questions environnementales, les questions sociales, les questions de personnel, le respect des droits de l’homme

<sup>6</sup> Cf. de manière générale à ce sujet DARBELLAY/CABALLERO CUEVAS, p. 55 s.

<sup>7</sup> OFJ, Mandat, p. 12.

<sup>8</sup> Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101.

<sup>9</sup> À ce sujet, cf. CANAPA/SCHMID/CIMA, Trois malentendus, N 34 s. V. aussi SCHMID ; OFJ, Transparence, p. 6.

et la lutte contre la corruption<sup>10</sup>. Dans cette mesure, le rapport doit décrire les concepts appliqués – *ce qui comprend les procédures de diligence en œuvre* (art. 964b al. 2 ch. 2 CO) –, les mesures prises en applications de ces concepts et une évaluation de l'efficacité des mesures (art. 964b al. 2 ch. 3 CO)<sup>11</sup>. Les principaux risques pour l'entreprise – qu'ils découlent de son activité propre ou de ses relations d'affaires, de ses produits ou de ses services – doivent être identifiés et décrits, tout comme la manière dont ils sont gérés (art. 964b al. 2 ch. 4 CO)<sup>12</sup>.

Le rapport sur les questions non financières devant, dans une SA, être approuvé et signé par le CA (art. 964c al. 1 CO), il peut être attendu de lui qu'il prenne en charge les différentes tâches s'y rapportant. En particulier, il doit à notre sens mettre en œuvre, si nécessaire et en fonction des risques propres à l'entreprise, *des procédures de diligence* et les adapter en cas de nécessité<sup>13</sup>.

D'autre part, suivant l'art. 964d al. 1 CO, il incombe un devoir de transparence aux entreprises actives dans le domaine des matières premières et soumises au contrôle ordinaire. Ce devoir est concrétisé par l'obligation d'établir un rapport des paiements effectués en faveur de gouvernements. Comme dans le cas du rapport sur les questions non financières, le rapport doit, dans une SA, être approuvé par le CA (art. 964f al. 4 CO).

Enfin, selon l'art. 964j al. 1 CO, les entreprises ayant leur siège, administration centrale ou établissement principal en Suisse<sup>14</sup> doivent respecter les devoirs de diligence dans la chaîne d'approvisionnement si elles mettent en circulation ou traitent en Suisse certains minerais et métaux provenant de zones de conflit ou de zones à haut risque (ch. 1) ou qu'elles offrent des biens ou des services pour lesquels un soupçon fondé de recours au travail des enfants existe<sup>15</sup>. Il s'agit là

---

<sup>10</sup> Sur les attentes en la matière, CANAPA/SCHMID/CIMA, Limitations et perspectives, p. 564 ss.

<sup>11</sup> En application du principe « *comply or explain* », des informations doivent être données sur chacun des éléments visés par l'art. 964b et toute absence de communication doit être justifiée (cf. art. 964b al. 5 CO).

<sup>12</sup> V. aussi NERI-CASTRACANE, p. 405 s., pour qui « [l]es règles et recommandations en matière de transparence et de communication [...] favorisent une réflexion approfondie des dirigeants en faveur d'une RSE accrue et participent à une meilleure responsabilité (accountability) et durabilité (sustainability) de l'entreprise. [...] La transparence fournit les preuves utiles à une responsabilité juridique effective, tant sur le plan des droits humains que sur le plan du détournement des richesses ».

<sup>13</sup> Contra BÖCKLI, § 6, N 713, pour qui la formulation de la loi ne serait pas claire s'agissant de l'éventuelle exigence de devoir de diligence (« [u]nscharf formuliert ist ausgerechnet ein springender Punkt der ganzen Regelung des Gesetzes, das Erfordernis einer Sorgfaltsprüfung durch unabhängige Fachkräfte »).

<sup>14</sup> Même avis, OFJ, Mandat, p. 13 ; CF, Rapport AP-ODiTr, p. 6.

<sup>15</sup> Sur les attentes en la matière, CANAPA/SCHMID/CIMA, Limitations et perspectives, p. 567 ss.

de « *devoirs de diligence étendus* », exprès<sup>16</sup>, qui ont été mis en œuvre dans l'ODiTr<sup>17</sup>. Le devoir de diligence est basé sur la « *réglementation internationalement reconnue* » (art. 964j al. 4 CO) – telle que les Principes directeurs de l'ONU et les Principes directeurs de l'OCDE<sup>18</sup> – qui permet d'interpréter la notion de « *diligence* » de l'art. 964k CO<sup>19</sup>.

Partant, les entreprises doivent mettre en place un système de gestion des risques en amont de leur chaînes de valeur<sup>20</sup> et définir les éléments de leur politique relative à leur chaîne d'approvisionnement. Elles doivent aussi prévoir un système permettant d'établir une traçabilité de la chaîne d'approvisionnement (art. 964k al. 1 CO). En effet, elles sont tenues d'identifier et évaluer les risques d'effets néfastes dans leur chaîne d'approvisionnement (art. 964k al. 2 CO), d'élaborer un plan de gestion de ces risques et de prendre des mesures en vue de réduire les risques constatés (art. 964k al. 3 CO). Les impacts négatifs des entreprises « *peuvent inclure les préjudices aux populations (c'est-à-dire les impacts externes), ou les atteintes à la réputation de l'entreprise ou la responsabilité juridique (c'est-à-dire les impacts internes), ou les deux* »<sup>21</sup>. Le respect des devoirs de diligence en matière de minerais et de métaux doit être vérifié par un expert indépendant (art. 964k al. 3 CO).

Ici aussi, c'est l'organe suprême de direction ou d'administration qui rapporte annuellement sur la mise en œuvre des différents devoirs de diligence. En droit de la SA, il peut par conséquent être attendu du CA qu'il s'assure de la mise en œuvre des différentes *obligations liées au devoir de diligence* et qu'il adapte, si nécessaire, les procédures de diligence.

## 2. *Responsabilité pour le fait propre (art. 41 CO) et responsabilité de l'employeur (art. 55 CO)*

Suivant l'art. 41 CO, celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer. L'art. 55 al. 1 CO dispose quant à lui que l'employeur est responsable du dommage causé par « *ses travailleurs ou ses autres auxiliaires* » dans l'accomplissement de leur travail ; cet article est, suivant la majorité de la doctrine, applicable par analogie aux cas où l'auxiliaire est une entreprise. La

<sup>16</sup> OFJ, Mandat, p. 10 ; BÖCKLI, § 6, N 720, p. 721.

<sup>17</sup> Ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants du 3 décembre 2021, RS 221.433 ; v. OFJ, Mandat, p. 6.

<sup>18</sup> ONU, Principes ; OCDE, Principes.

<sup>19</sup> CANAPA/SCHMID/CIMA, Limitations et perspectives, p. 568.

<sup>20</sup> RÔTHELI *et al.*

<sup>21</sup> OCDE, Principes, ch. IV, Commentaire, § 45.

responsabilité de la SA est engagée dans la mesure où le comportement de l'organe (art. 722 CO) ou de la société fille (art. 55 CO) est attribuable à la société<sup>22</sup>.

Au nombre des conditions permettant l'application des art. 41 et 55 CO se trouvent l'existence d'un *acte illicite* – qui est l'œuvre de l'auxiliaire dans le cas de l'art. 55 CO – et une *faute* de l'entreprise.

En cas de dommage purement économique, l'*acte illicite* doit consister en la violation d'une norme de comportement visant à protéger la victime contre la survenance du dommage qu'elle a subi (« *Schutznorm* »)<sup>23</sup>.

L'art. 964b al. 2 ch. 4 CO indique, *en lien avec les procédures de diligence de l'art. 964b al. 2 ch. 2 CO*, que le rapport sur les questions non financières doit décrire la manière dont l'entreprise gère les risques liés aux questions environnementales, sociales, de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la corruption<sup>24</sup>. Une mauvaise gestion des risques par la société (par l'intermédiaire de son CA), de manière non conforme aux procédures de diligence applicables selon les standards internationaux (art. 964b al. 3 CO), pourrait donc constituer un acte illicite et engager la responsabilité de la société. En d'autres termes, l'art. 964b CO pourrait représenter une norme de comportement dont la violation fonderait l'illicéité d'un dommage qui serait purement économique. Il faudrait reconnaître que cette norme est destinée à protéger les intérêts économiques des victimes – par exemple les personnes subissant, sur le plan économique, les conséquences d'un dommage environnemental, tel que la pollution d'un lac – et que l'auteur occupait une situation de garant (« *Garantenstellung* ») par rapport au cercle des personnes lésées – par exemple des pêcheurs<sup>25</sup>, une interprétation téléologique de la loi pouvant à notre sens soutenir une telle vision. Le droit à réparation serait à tout le moins judicieux et acceptable dans le cas particulier, au vu de l'ensemble des circonstances<sup>26</sup>. À défaut, la portée concrète du texte légal pour les victimes serait vidée d'une partie de sa substance. Tel serait le cas si une documentation de la mauvaise gestion des risques liés aux questions environnementales, sociales, de personnel, du respect des droits de l'homme et de la lutte contre la

---

<sup>22</sup> WERRO, N 14 ; VON BÜREN, p. 202 ss ; HOFSTETTER, p. 225 ss ; GEISSER, p. 494. V. aussi OFJ, Mandat, p. 13.

<sup>23</sup> ATF 146 IV 211, consid. 3.2 ; ATF 144 I 318 consid. 5.5 ; ATF 141 III 527, consid. 3.2 ; OFTINGER/STARK, § 16, N 101.

<sup>24</sup> Cf. *supra* III.B.1.

<sup>25</sup> ATF 115 II 15, consid. 3b et 3c. V. aussi DEDEYAN, p. 931 s. et les références citées.

<sup>26</sup> Sur cette condition, cf. DEDEYAN, p. 932 et les références citées.

corruption ayant entraîné un dommage pouvait être ignorée et demeurer sans conséquence sur le plan de la responsabilité civile<sup>27</sup>.

L'art. 964d CO pourrait aussi représenter une *Schutznorm* en faveur des États dont les gouvernements ont reçu des paiements. En effet, l'obligation de transparence dans les entreprises de matières premières a pour but de divulguer des paiements, qui pourraient servir de moyen de corruption. Or, des pratiques de corruption appauvrissent l'État duquel les ressources sont extraites.

Enfin, et de manière encore plus révélatrice, un acte illicite pourrait aussi découler d'une violation de l'art. 964k al. 2 CO, selon lequel les entreprises doivent prendre « *des mesures en vue de réduire au minimum les risques constatés* » en lien avec les obligations relatives aux devoirs de diligence et de transparence en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants<sup>28</sup>. Cette norme (de comportement) vise selon nous à protéger une victime contre la survenance d'un dommage (contre l'intégrité physique ou purement économique), qui serait lié à la mise en circulation des minerais mentionnés à l'art. 964j al. 1 ch. 1 CO ou au travail des enfants. Là aussi, il est soutenable qu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le droit à réparation paraît à tout le moins judicieux et acceptable, voire même qu'il s'agit de l'un des objectifs de la loi<sup>29</sup>.

Quant à la *faute* de l'entreprise, il pourrait s'agir, en lien avec la violation de l'art. 964k al. 2 CO, d'un manquement subjectif aux devoirs découlant de l'obligation de diligence et de transparence, décrite aux art. 964j et 964k CO, en matière de minerais et de métaux provenant de zones de conflit et en matière de travail des enfants<sup>30</sup>. Une faute pourrait aussi être reconnue si une entreprise, en lien avec l'art. 964b al. 2 ch. 2 CO, manquait à ses obligations en lien avec une violation d'un droit humain ou d'une norme environnementale présentant un lien avec l'un des éléments devant figurer dans le rapport sur les questions non financières. Quant à la faute en lien avec l'art. 964d CO, elle pourrait être un manquement subjectif aux devoirs découlant de l'obligation d'établir un rapport sur les paiements aux gouvernements étrangers.

À noter que l'art. 152 CP, dont l'application est envisageable par exemple en cas de *greenwashing*<sup>31</sup>, a été reconnu comme constituant une norme de comportement visant à protéger la victime contre la survenance du dommage

<sup>27</sup> On ne saurait par conséquent souscrire à la vision de BÖCKLI, § 6, N 713, pour qui l'art. 964b al. 2 ch. 2 CO ne viserait que le contrôle interne.

<sup>28</sup> Dans ce sens, v. déjà CANAPA/SCHMID/CIMA, Limitations et perspectives, p. 575.

<sup>29</sup> Sur cette condition, cf. DEDEYAN, p. 932 et les références citées.

<sup>30</sup> CANAPA/SCHMID/CIMA, Trois malentendus, N 27.

<sup>31</sup> Cf. *supra* II.

qu'elle a subi<sup>32</sup> ; cela signifie qu'un dommage résultant de renseignements faux ou incomplets qui tomberaient sous le coup de cette norme pourrait aussi donner lieu à une action civile basée sur les art. 41 ou 55 CO<sup>33</sup>. Il en irait de même si le contenu matériel des rapports devant être rédigés suivant les art. 325<sup>bis</sup> let. a et 325<sup>ter</sup> al. 1 let. a CP contenait de fausses indications<sup>34</sup>. Toutefois, le lien de causalité entre le dommage et les informations fausses ou incomplètes qui l'auraient provoqué pourrait être difficile à prouver<sup>35</sup>.

L'application des art. 41 et 55 CO est fortement limitée par le fait que l'art. 133 al. 2 LDIP prévoit que les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de l'État dans lequel le dommage se produit si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait. L'application du droit matériel suisse semble donc peu vraisemblable (sauf si la victime se trouve en Suisse), et cela même dans l'hypothèse où les tribunaux suisses devaient être compétents suivant l'art. 129 al. 1 LDIP<sup>36</sup>.

### 3. *Responsabilité dans l'administration et la gestion* (art. 754 CO)

L'art. 754 CO permet d'actionner en responsabilité les membres du CA et les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation pour le dommage qu'ils causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs.

D'une part, en cas de non-rédaction du rapport requis par les art. 964a ss, 964d ss ou 964j ss CO, de non-organisation de sa vérification, de vices dans sa conservation, ou de fausses indications contenues dans le rapport, le CA pourrait voir sa responsabilité engagée si cette violation causait un dommage à la société, à un actionnaire ou à un tiers<sup>37</sup>. Tant la société qu'un tiers pourraient être lésés directement<sup>38</sup>.

---

<sup>32</sup> ATF 131 III 306, consid. 3.2.2 ; v. aussi CR CP II-THORMANN/REMUND, Art. 152 CP, N 1.

<sup>33</sup> Dans ce sens également : DARBELLAY/CABALLERO CUEVAS, p. 56 s.

<sup>34</sup> Cf. *supra* II.

<sup>35</sup> Du même avis : DARBELLAY/CABALLERO CUEVAS, p. 57.

<sup>36</sup> V. à ce sujet : GEISSER, p. 437 ; BUENO, p. 1020 ss ; OFJ, Mandat, p. 12. V. aussi WEBER/BAISCH, p. 688, qui estimaient, avant même l'adoption des art. 964a ss CO, que l'existence d'un politique de groupe promouvant les droits humains pouvait engager la responsabilité de la société mère si la preuve était apportée que les administrateurs de cette dernière avaient été impliqués dans des questions spécifiques de sa filiale.

<sup>37</sup> Voir cependant BKodeS-SCHNEUWLI, § 28, N 83, pour qui seules la société et les actionnaires disposent de la qualité pour agir.

<sup>38</sup> Sur les notions de dommage direct et indirect, cf. CANAPA/GRISONI, p. 68 ss.

Le CA serait aussi susceptible d'engager sa responsabilité si un dommage résultait d'une violation des devoirs de diligence issus des art. 964a ss ou 964j ss<sup>39</sup>. Il existe en effet à notre sens un devoir implicite du CA de contrôler effectivement les devoirs et obligations ressortant des art. 964a ss et 964j ss CO<sup>40</sup>. Ce devoir constitue une extension naturelle à l'obligation qu'a le CA de gérer les risques et de rapporter sur les aspects extrafinanciers (art. 716a al. 1 ch. 1, 3 6 *cum* art. 961c CO).

Il convient par ailleurs de considérer que la violation des obligations énoncées aux art. 964a ss ou 964j ss CO, en qualité de normes ayant un double effet protecteur – visant à la fois à protéger la société et des tiers –<sup>41</sup>, constitue une violation engageant la responsabilité du CA en cas de dommage (art. 754 CO)<sup>42</sup>. Un devoir de diligence résulte ainsi pour le CA des art. 964a ss CO ou 964j ss CO, dont la violation entraîne sa responsabilité.

L'existence d'un dommage sera toutefois difficile à prouver dans le cadre d'une action en responsabilité<sup>43</sup>. Il pourrait s'agir (i) des frais investis par la société pour rétablir sa réputation à la suite d'un scandale lié à la non-observation de ses devoirs et des éventuelles pertes de revenus liées à la mauvaise réputation de la société<sup>44</sup> ; (ii) du montant auquel la société serait condamnée dans le cadre d'une action en responsabilité intentée sur la base des art. 41 (*cum* 722) ou 55 CO, ou des art. 2 *cum* 3 al. 1 let. b LCD<sup>45</sup> ; voire (iii) de la baisse du cours de la bourse d'une société à la suite de la découverte d'informations inexactes dans un rapport<sup>46</sup> ; dans ce cas, par exemple, l'absence de mesures suffisantes sur le plan climatique entraînant un dommage pour la société toucherait directement la société et l'investisseur qui aurait investi dans la société suite à la fausse impression qui aurait été donnée par la stratégie climatique de cette dernière.

#### 4. Responsabilité fondée sur la LCD

Une autre source possible de responsabilité en lien avec les art. 964a ss et 964j ss CO se trouve dans la LCD ; une action pourrait être intentée par un

<sup>39</sup> Voir aussi OFJ, Mandat, p. 12 s.

<sup>40</sup> Cf. *supra* III.B.1. V. aussi : CANAPA/SCHMID/CIMA, Limitations et perspectives, p. 570 s.

<sup>41</sup> Cf. CANAPA/GRISONI, 84 s., 85 s.

<sup>42</sup> V. les développements de KAPTAN, p. 601 ss.

<sup>43</sup> Même avis : ATAMER/WILLY, p. 701 ; BKodeS-SCHNEUWLI, § 28, N 84.

<sup>44</sup> WEBER, N 27.

<sup>45</sup> Loi fédérale contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1986, RS 241.

<sup>46</sup> À ce sujet, v. KAPTAN, p. 599 ss.

concurrent, sur la base de l'art. 9 LCD, ou par la Confédération, sur la base de l'art. 10 al. 3 LCD<sup>47</sup>.

En lien avec les obligations issues des art. 964a ss et 964j ss CO, l'art. 3 al. 1 let. b LCD – qui indique qu'agit de façon déloyale celui qui notamment donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, ses marchandises, ses prestations, ses méthodes de vente ou encore ses affaires – est susceptible de trouver application : le fait pour une société de ne pas respecter ses devoirs de diligence tout en prétendant le contraire, voire le fait de pratiquer du *greenwashing*, pourrait lui procurer un avantage concurrentiel en raison des économies de coûts ou des améliorations de rendement qui en découlent<sup>48</sup>.

#### IV. Conclusion

Les art. 964a ss, 964d ss et 964j ss introduisent de nouvelles obligations à la charge des sociétés et de leurs dirigeants. Outre la responsabilité pénale, les normes générales de responsabilité civile, en particulier les art. 41, 55 et 754 CO, ainsi que la LCD trouvent application.

L'un des arguments mis en avant par le Conseil fédéral pour soutenir le contre-projet indirect à l'initiative « *Entreprises responsables* » était sa similitude à la législation de l'Union européenne [UE] sur la communication d'informations non financières<sup>49</sup> (une consultation en vue d'une révision de la législation était alors en cours<sup>50</sup>, après qu'une évaluation mandatée par l'UE avait conclu que des devoirs de diligence non contraignants ne modifient pas la conduite des entreprises<sup>51</sup>). Les différentes formes de responsabilités prévues par le droit suisse doivent donc être mises en perspective avec celles de deux textes européens : la version révisée de la directive sur la communication

---

<sup>47</sup> ATAMER/WILLI, p. 700.

<sup>48</sup> WEBER, N 25. v. aussi BSK UWG-HILTY, art. 2, N 136 ss, p. 142 ss. Sur le risque de *greenwashing* en lien avec l'obligation, pour les entreprises, de communiquer des informations non financières en l'absence de toute forme de responsabilité civile, cf. PERRIARD, p. 667 ss ; MAAS/VERMEULEN, p. 22.

<sup>49</sup> Karin KELLER-SUTTER, « *Freisinn* » (19 novembre 2020) : « [d]er *Gegenvorschlag* ist hingegen international abgestimmt und übernimmt die Bestimmungen, die in Europa auch gelten. Damit haben wir gleich lange Spiesse ».

<sup>50</sup> Voir la chronologie de l'adoption de la Directive (UE) 2022/2464 du 14 décembre 2022 modifiant le règlement (UE) n° 537/2014 et les directives 2004/109/CE, 2006/43/CE et 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises, JO L 322/15, disponible sous : <[https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting\\_en](https://finance.ec.europa.eu/capital-markets-union-and-financial-markets/company-reporting-and-auditing/company-reporting/corporate-sustainability-reporting_en)> (consulté le 15.10.2023).

<sup>51</sup> BRIGHT/SMIT/MCCORQUODALE *et al.*, p. 16 ss.

d'informations (Directive CSRD [*Corporate Social Responsibility Directive*])<sup>52</sup> et le projet de directive sur le devoir de vigilance (Directive CSDDD [*Corporate Sustainability Due Diligence Directive*])<sup>53</sup>, présentée par la Commission européenne le 23 février 2022.

Ces deux textes, qui sont d'un intérêt particulier pour les entreprises suisses (les grandes entreprises suisses y seront soumises<sup>54</sup> et les PME actives comme sous-traitants des entreprises suisses ou européennes y soumises devront leur fournir des informations en matière de durabilité<sup>55</sup>), contiennent ou prévoient des obligations et des sanctions<sup>56</sup> *bien plus étendues que celles du droit suisse*<sup>57</sup>. La CSDDD, en particulier, pourrait constituer un nouveau standard en introduisant, à côté de mécanismes adéquats de responsabilité civile, l'obligation pour les États membres de prévoir une autorité administrative indépendante de contrôle, dotées de pouvoirs d'enquête, d'inspection et de sanction (sur le modèle de ce qui est pratiqué en droit de la concurrence). La question de la révision de la réglementation suisse – qui est éminemment politique – se pose par conséquent<sup>58</sup>.

Deux éléments doivent conduire les réflexions. D'une part, si la réglementation suisse devait demeurer inchangée, seul un nombre limité d'entreprises (p. ex. une société étrangère ayant une filiale suisse active uniquement en Suisse) échapperait aux obligations découlant des directives européennes. D'autre part, cependant, il serait peu raisonnable de faire risquer au pays, à

<sup>52</sup> Directive (UE) 2022/2464 (n. 50).

<sup>53</sup> Proposition de directive du 23 février 2022 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD).

<sup>54</sup> Dans ce sens, OFJ, Mandat, pp. 18-19.

<sup>55</sup> Dans ce sens, OFJ, Mandat, p. 18 s. et 20.

<sup>56</sup> V. not. art. 51 Directive (UE) 2013/34 du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, JO L 182/19 ; Articles 16, 17 ss et 22 projet CSDDD.

<sup>57</sup> Même conclusion : OFJ, Mandat, p. 22. v. déjà CANAPA/SCHMID/CIMA, p. 577, p. 580 s.

<sup>58</sup> Voir la (longue) liste des interventions parlementaires sous : OFJ, Mandat, Annexe 1 et 24 ; p. ex. : Interpellation parlementaire de FLACH, n° 22.4142, « *Nouvelle directive CSR. Conséquences pour la Suisse* » du 29.09.2022, disponible sous : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20224142>>, (consulté le 20.05.2023). Quant à la Coalition pour des multinationales responsables, qui était déjà l'auteur de l'initiative « *Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement* », elle a déposé, le 1<sup>er</sup> décembre 2022, une pétition munie de 217'509 signatures pour demander au Conseil fédéral et au Parlement d'introduire une loi efficace sur la responsabilité des multinationales, comme cela est prévu au niveau de l'UE ; disponible sous : <<https://responsabilite-multinationales.ch/actualite/en-seulement-100-jours-217-509-signatures-ont-ete-recoltees-pour-la-responsabilite-des-multinationales/>> (consulté le 15.10.2023).

terme, des pressions internationales visant à lui faire adapter sa réglementation, voire une inscription sur une liste noire. Pour cette raison, même si la modification de la législation suisse ne devait jouer qu'un rôle essentiellement symbolique – dans la mesure où l'essentiel des situations qu'elle viserait seraient aussi soumises à la juridiction d'un État de l'UE – une révision serait, à notre sens, indispensable pour compléter le dispositif mis en place par l'UE. En ce sens, la réglementation suisse modifiée aurait une fonction éminemment complémentaire à celle de l'UE. Le législateur serait alors bien emprunté de s'inspirer, en la prenant cette fois au sérieux, de la législation européenne.

## V. Bibliographie

### Littérature/Doctrine

**Yeşim M. ATAMER/Florian WILLI**, CSR Berichterstattungspflichten Ante Portas: Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, RSDA 6/2020, p. 686 ss ; **Peter BÖCKLI**, Schweizer Aktienrecht, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2022 ; **Nicolas BUENO**, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, PJA 8/2017, pp. 1015-1023 ; **Claire BRIGHT/Lise SMIT/Robert MCCORQUODALE et al.**, Study on Due Diligence Requirements Through the Supply Chain: Final Report, mandated by the European Commission, 2020 ; **Damiano CANAPA/Arthur GRISONI**, La qualité pour agir en responsabilité du créancier social : Vers un droit prétorien porteur de cohérence au vu de l'ATF 146 III 441 et de l'ATF 148 III 11, RDS 142/2023 I, p. 67 ss ; **Damiano CANAPA/Evelyne SCHMID/Elena CIMA**, « Entreprises responsables » : trois malentendus, Jusletter 23 novembre 2020 (cité : Trois malentendus) ; **Damiano CANAPA/Evelyne SCHMID/Elena CIMA**, « Entreprises responsables » : limitations et perspectives, RDS 140/2021 I, p. 557 ss (cité : Limitations et perspectives) ; **Commission européenne**, Communication de la commission du 11 décembre 2019 – Le pacte vert pour l'Europe, COM(2019) 640 final (cité : Le pacte vert) ; **Conseil fédéral**, Rapport explicatif de l'ordonnance sur les devoirs de diligence et de transparence dans les domaines des minerais et métaux provenant de zones de conflit et du travail des enfants (ODiTr), Berne, 14 avril 2021 (cité : Rapport AP-ODiTr) ; **Aline DARBELLAY/Yannick CABALLERO CUEVAS**, The Materiality of Sustainability Information under Capital Markets Law, RSDA 1/2023, p. 43 ss ; **Daniel DEDEYAN**, Regulierung der Unternehmenskommunikation, Zurich 2015 ; **Gregor GEISSER**, Ausservertragliche Haftung privat tätiger Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen bei internationalen Sachverhalten, Zurich 2013 ; **Reto M. HILTY/Reto ARPAGAUS** (éds), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basler Kommentar, Bâle 2013 (cité : BSK UWG-AUTEUR, art. X, N Y) ; **Karl HOFSTETTER**, Sachgerechte Haftungsregeln für Multinationale Konzerne, Tübingen 1994 ; **Institut suisse de droit comparé**, Gutachten über gesetzliche Verpflichtungen zur Durchführung einer Sorgfaltsprüfung betreffend Menschenrechte und Umwelt bei Auslandaktivitäten von Unternehmen und zur Berichterstattung über getroffene Massnahmen im deutschen, französischen, dänischen, niederländischen, englischen, chinesischen, kanadischen und amerikanischen Recht, Lausanne 2013 ; **Marie-Cristine KAPTAN**, Klimawandel: Haftungsrisiken und Handlungsbedarf für Schweizer Unternehmen, RSDA 6/2022, p. 586 ss ; **Karen MAAS/Marjelle VERMUELEN**, A Systemic View On the Impacts of Regulating Non-Financial Reporting, Erasmus School of Economics 2022 ; **Alain MACALUSO/Laurent MOREILLON/Nicolas**

QUELOZ (éds), Code pénal II – art. 111-392 CP, Commentaire romand, Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR, art. X, N Y) ; Giulia NERI-CASTRACANE, Les règles de gouvernance d'entreprise comme moyen de promotion de la responsabilité sociale de l'entreprise : Réflexions sur le droit suisse dans une perspective internationale, Genève/Zurich/Bâle 2016 ; Peter NOBEL/Christoph MÜLLER (éds), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Aktienrecht Kommentar der ersten Stunde, Berne 2023 (cité : BKodeS-AUTEUR, § X, N Y) ; OCDE, Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Paris 2011 ; Karl OFTINGER/Emil W. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht: Vol. II/1: Besonderer Teil: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1995 ; ONU, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer », Genève 2011 ; Julie PERRIARD, Entreprises et droits humains : La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse ?, RSDA 6/2019, p. 667 ss ; Andreas RÖTHELI/Jaques IFFLAND/Valérie MENOUD *et al.*, Contre-projet à l'initiative pour des entreprises responsables : Aperçu des nouvelles obligations, Lexology, novembre 2020 ; Evelyne SCHMID, Exigences internationales de prendre des mesures législatives : La Suisse doit-elle légiférer dans le domaine des « entreprises et des droits humains ? », PJA 8/2017, p. 933 ; Pierre TERCIER/Marc AMSTUTZ/Rita TRIGO TRINDADE (éds), Code des obligations II – Art. 530-1186 CO, art. 20-33 LB, avec des introductions à la LFus, à l'ORAb, à la LTI et à la loi sur la mise en œuvre des recommandations du GAFI, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017 (cité : CR CO II-AUTEUR, art. X, N Y) ; Roland VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2005 ; ROLF H. WEBER/Rainer BAISCH, Liability of Parent Companies for Human Rights Violations of Subsidiaries, European Business Law Review, 2016, vol. 27, issue 5, pp. 669-695 ; Rolf H. WEBER, Sorgfaltspflichten in der Lieferkette: Neue gesetzgeberische Herausforderungen für die Schweiz, Jusletter 29 mars 2021 ; Franz WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, Sui-generis, 2018, p. 428.

### Documents officiels

Office fédérale de la justice, Mandat du DFJP du 23 février 2022 : Analyse des propositions de directives de l'UE sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et sur la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises et examen de la nécessité d'adapter le droit suisse : Rapport sur les propositions de l'UE en matière de durabilité et sur le droit en vigueur en Suisse, Berne, 25 novembre 2022 (cité : Mandat) ; Office fédérale de la justice, Transparence sur les questions non financières et devoirs de diligence et transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants, Berne, 19 novembre 2019 (cité : Transparence).