



Monsieur
Beat Jans
Conseiller fédéral
Chef du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Par courriel : ehra@bj.admin.ch

Lausanne, le 17 octobre 2024

**Procédure de consultation portant sur la modification du code des obligations
(Transparence sur les questions de durabilité)**

Monsieur le Conseiller fédéral,

Dans le cadre de la procédure de consultation dans l'objet visé sous rubrique, j'ai l'honneur de vous faire part de mes observations. Elles sont complétées par le manuscrit d'un article à paraître dans la revue *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)*, que vous trouverez en annexe.

I. Introduction

La responsabilité des entreprises pour leur comportement en matière environnementale, sociale et de gouvernance est toujours plus discutée. De manière générale, l'obligation de publication d'informations non financières a un impact positif sur la durabilité, en incitant par exemple les entreprises à mieux tenir compte de cette question et des risques y liés. De plus, l'obligation permet d'évaluer la gestion des risques des entreprises en matière de durabilité et d'accroître la confiance des investisseurs.

L'avant-projet du Conseil fédéral (CF) du 26 juin 2024 Code des obligations (Transparence sur les questions de durabilité) (AP-CO) s'inscrit dans un contexte international marqué par l'adoption de la Directive (UE) 2022/2464 en ce qui concerne la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises (CSRD) ; la réforme des art. 964a ss CO, qui doit permettre à la législation suisse d'être reconnue comme équivalente à la CSRD par la Commission européenne, représente une évolution significative et bienvenue et doit être saluée. Afin d'assurer l'équivalence entre les deux législations, des possibilités d'amélioration demeurent. Une absence d'action ou une action insuffisante du législateur rendrait le pays vulnérable aux pressions internationales.



II. Du besoin d'harmoniser le droit suisse au droit européen : l'application extraterritoriale de la CSRD

De nombreuses entreprises suisses sont ou seront soumises, directement ou indirectement, à la CSRD. L'harmonisation de la législation suisse avec celle de l'Union européenne (UE) est ainsi essentielle pour renforcer la sécurité juridique ; la réforme doit éviter que des sociétés suisses ne soient soumises simultanément à des réglementations disparates et contradictoires, limiter une multiplication des rapports de durabilité sur des sujets connexes, et réduire le risque de sanction.

III. Le projet de modification des art. 964a-964c CO et son équivalence à la CSRD

Champ d'application personnel

L'AP-CO propose d'élargir considérablement le champ d'application personnel des art. 964a-964c CO, pour le faire correspondre dans une large mesure à celui de la CSRD. Cela doit être salué.

Il faut souligner que les seuils prévus par l'art. 964a AP-CO doivent être atteints deux ans de suite pour qu'une entreprise soit soumise à l'obligation de rapport, contre un seul exercice en droit européen. Cela pourrait constituer un handicap au moment de la reconnaissance de l'équivalence du droit suisse au droit européen et doit être réexaminé.

De plus, contrairement à la réglementation européenne, l'AP-CO ne prévoit pas d'obligation de rédiger un rapport pour les grandes entreprises d'intérêt public contrôlées par une autre entreprise soumise à l'obligation de rédiger un rapport sur les questions non financières. Il serait préférable qu'une grande entreprise d'intérêt public suisse, contrôlée par une entreprise ayant son siège à l'étranger et soumise à l'obligation de rapport, demeure soumise à l'obligation de rédiger un rapport sur la durabilité selon le droit suisse.

Enfin, les entreprises ayant leur siège à l'étranger ne sont pas visées par les règles de l'AP-CO, qui est dépourvu d'effet extraterritorial. Pour garantir, l'équivalence de la législation suisse à la législation de l'UE, le législateur pourrait fixer un seuil plus bas dans la réglementation suisse que celui prévu par la législation européenne, éventuellement en y ajoutant un second seuil comprenant un élément d'extranéité (chiffre d'affaires mondial, montant du bilan, etc.) pour éviter que les entités inférieures à une certaine taille ne soient visées.

Aspects formels

Format du rapport

Il est bienvenu que l'art. 964c ter al. 1 AP-CO reprenne largement la solution du droit européen. Il est souhaitable que les formats autorisés pour la publication électronique du rapport soient précisés par voie d'ordonnance et qu'ils se limitent à ceux qui le sont aussi dans l'UE.

Rapport indépendant ou rapport intégré

En droit européen, l'information en matière de durabilité doit figurer dans une section spécifique du rapport de gestion, auquel elle doit être intégrée. Le droit suisse devrait reprendre la solution du droit européen si la société est soumise à l'obligation légale d'établir un rapport de gestion (art. 961 *cum* 727 CO).

Révision du rapport

L'art. 964c bis al. 1 AP-CO prévoit que les informations sur les questions de durabilité soient contrôlées par une entreprise de révision (art. 6b AP-LSR) ou un organisme d'évaluation de la conformité (art. 2 let. b^{bis}, 6b AP-LSR) et que le rapport d'audit soit publié (art. 964c^{ter} al. 3 AP-CO), tout comme en droit européen.

S'agissant de l'étendue de la vérification (mission d'assurance limitée [ou négative] ou mission d'assurance raisonnable [ou positive], cf. art. 964c^{bis} al. 2 AP-CO), il est recommandable que le CF adapte pratique à celle de l'UE, afin d'assurer l'équivalence entre les législations suisse et européenne.

Publication du rapport de durabilité et du rapport de révision

Au sein de l'UE, le rapport de gestion contenant l'information en matière de durabilité et l'avis sur la conformité devront dès 2028 être communiqués à un organisme de collecte national en vue d'être publiés sur le point d'accès unique européen (art. 33 bis CSRD).

La publication des rapports sur une plate-forme unique gérée par l'Etat présente l'avantage de simplifier la recherche de documents, facilitant leur diffusion et leur analyse dans le public. La mise en place d'une telle infrastructure en Suisse, sur le modèle de ce qui sera pratiqué dans l'UE, est souhaitable. La gestion de la base de données pourrait être confiée à l'OFRC, qui gère notamment l'index des raisons de commerce Zefix et qui dispose des compétences techniques et organisationnelles nécessaires pour gérer un tel projet.

Aspects matériels

Rapport de durabilité

- Contenu du rapport

L'art. 964c al. 1 et 3 AP-CO décrit et précise, par rapport au droit actuel, les thèmes couverts par le rapport de durabilité. Cette évolution est bienvenue.

- Normes d'information en matière de durabilité

Pour permettre des comparaisons entre entreprises actives dans des secteurs distincts, les rapports de durabilité doivent porter sur les mêmes éléments et être présentés de manière uniforme.

L'art. 29 ter (2) CSRD décrit les normes détaillant les informations devant être publiées par les entreprises suivant les art. 19 bis et 29 bis CSRD, ainsi que la structure à utiliser pour la présentation desdites informations. Ces normes couvrent des aspects environnementaux, sociaux et de gouvernance, et « précisent les informations *prospectives*, *rétrospectives*, *qualitatives* et *quantitatives*, s'il y a lieu, que les entreprises doivent publier ». La Commission européenne a adopté, le 31 juillet 2023, les normes européennes d'information sur la durabilité (ESRS) du Groupe consultatif européen sur l'information financière (EFRAG).

L'art. 964c al. 3 AP-CO dispose que les informations publiées répondent aux normes de l'UE ou à d'autres normes – nationales ou internationales – qui auraient été préalablement jugées équivalentes par le CF (art. 964c al. 3 AP-CO). Aucune référence n'est faite à la qualité des informations (« prospectives, rétrospectives, qualitatives et quantitatives ») que les entreprises devraient publier.

La précision, dans la loi, de la nécessité de l'équivalence « aux normes d'information de l'UE » est bienvenue et doit être saluée comme une solution élégante et pratique. Elle présente l'avantage d'épargner au CF la nécessité de préciser le contenu des normes d'information par voie d'ordonnance et accroît la sécurité juridique. L'obligation faite au CF de désigner les normes équivalentes est susceptible de lever toute insécurité juridique si elle est appliquée correctement. Bien que la liberté laissée aux entreprises de choisir entre différentes normes peut compliquer les comparaisons entre rapports, il s'agit d'un compromis acceptable sur le plan pratique, au vu de l'exigence d'équivalence entre les normes d'information et de la nécessité de leur adéquation aux normes de l'UE.

Inversement, l'AP-CO ne fait malheureusement aucune référence à la qualité des normes d'information devant être appliquées par les entreprises ; même si la nécessité de l'équivalence aux normes européennes de la réglementation (art. 964c al. 5 AP-CO) limite la portée de cette proposition, il est souhaitable de voir ce point évoluer.

- **"Comply or explain"**

La renonciation dans l'AP-CO au principe *comply or explain* doit être saluée ; elle contribue à assurer l'équivalence entre le droit suisse et le droit européen.

Principe de la double matérialité (ou double importance relative)

L'art. 964c al. 2 AP-CO prévoit d'appliquer le principe de la double matérialité, tout comme la CSRD. Cela contribuerait à l'équivalence au droit européen de la réglementation suisse.

Chaîne de valeur

L'art. 964c al. 4 AP-CO dispose que le rapport de durabilité doit contenir des informations sur l'activité de l'entreprise et sa chaîne de valeur, étant précisé que cette notion « comprend les chaînes d'approvisionnement en amont et en aval de l'entreprise ». Cette formulation est plus large que celle des art. 19 bis (2)(f)(ii) et 29 bis (2)(f)(ii) CSRD : elle porte sur l'activité de l'entreprise et sur sa chaîne de valeur, mais aussi sur l'ensemble des informations visées aux al. 1 à 3 de l'art 964c AP-CO, tandis que le texte de la CSRD est plus limité.

Envisager une formulation plus proche de celle du droit européen serait avisé, en prenant garde de ne pas être trop restrictif pour garantir l'équivalence du droit suisse au droit européen.

Responsabilité et sanctions

Les normes internationales n'imposent pas, de manière explicite, d'obligation aux États de prévoir une responsabilité civile pour les dommages engendrés par une violation des droits de l'homme ou des normes environnementales. Des mécanismes de réparation doivent exister (troisième pilier des Principes directeurs des Nations Unies [Principe 25 et suivants]). Bien que les art. 19 bis (9) et 29 bis (8) CSRD soient centrés sur l'équivalence des rapport, non sur celle des sanctions, la Commission européenne pourrait refuser l'équivalence à la réglementation suisse en raison de sa non-conformité en matière de responsabilité ou de sanctions.

L'AP-CO, contrairement à la Directive comptable 2013/34 (art. 33 (1), (2) ; art. 51), qui a été amendée par la CSRD, ne prévoit aucune norme spéciale de responsabilité civile en cas de dommage causé par une violation des obligations liées au rapport sur les questions non financières. Il s'agit d'une lacune importante : la réforme devrait inclure une norme spéciale de responsabilité civile claire et spécifique, qui concernerait en tout cas l'entreprise, mais aussi, idéalement, ses organes dirigeants.

En lien avec ces derniers, il serait possible d'inclure la prise en compte de la durabilité aux attributions intransmissibles et inaliénables » du conseil d'administration (art. 716a CO). De cette manière, toute entreprise devrait intégrer la durabilité au rang de ses principes.

L'entreprise pourrait aussi être responsable pour les actes accomplis à l'étranger, directement ou par des filiales ou entreprises contrôlées. Une adaptation de la LDIP serait nécessaire afin d'assurer la mise en œuvre efficace de la responsabilité civile.

Pour le surplus, la norme pénale (art. 325 ter AP-CP) devrait aussi viser le contenu intrinsèque du rapport : une entreprise qui violerait ses devoirs de diligence devrait encourir une sanction pénale.

IV. Quid du devoir de diligence des entreprises en matière de durabilité ?

On peut regretter que le DFJP n'ait pas tenu compte de l'adoption, le 13 juin 2024, de la Directive 2024/1760 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité (CSDDD). En effet, la gestion de l'équilibre au droit européen du droit suisse se pose à présent de manière plus concrète que jamais, aussi dans ce domaine : la CSDDD aura un effet extraterritorial, qui devrait avoir une incidence considérable sur les entreprises suisses.

Sur le plan politique, il convient de se souvenir que l'Appel pour les multinationales responsables (qui était à l'origine de l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »), et un comité multipartite, composé tant de politiciens bourgeois que de membres de partis de gauche, s'engagent en faveur d'une loi qui reprendrait les éléments de la Directive 2024/1760 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité.

V. Conclusion

L'AP-CO est à saluer, sous réserve des remarques qui ont été développées dans cette prise de position.

En vous souhaitant une bonne réception de ce qui précède et en demeurant à votre disposition pour tout renseignement complémentaire, je vous prie d'agréer, Monsieur le Conseiller fédéral, l'assurance de ma très haute considération.



Prof. Damiano Canapa

Annexe : ment.