



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

Département de droit commercial

Giulia Neri-Castracane
Professeure
Directrice de département

Giulia.Neri-Castracane@unige.ch

Département fédéral de justice et police
DFJP

Par courriel uniquement :
ehra@bj.admin.ch

Genève, le 16 octobre 2024

Consultation fédérale sur l'avant-projet de modification du code des obligations (transparence sur les questions de durabilité)

Mesdames,
Messieurs,

La présente a pour objectif d'énoncer la position de la Faculté de droit de l'Université de Genève (la Faculté) concernant l'avant-projet de modification du code des obligations (AP-CO) à propos de la transparence sur les questions de durabilité, qui modifie la loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Droit des obligations) (CO)¹, la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR)² et le Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)³.

I. Appréciation d'ensemble

La Faculté salue l'avant-projet qu'elle juge positivement dans son ensemble. Les modifications proposées s'inscrivent dans une adaptation des dispositions relatives à la transparence sur les questions de durabilité au nouveau droit de l'Union européenne.

La durabilité est une préoccupation majeure des agendas international et suisse. L'Union européenne s'est affirmée comme un leader en la matière, notamment à travers son pacte vert pour l'Europe⁴.

¹ RS 220.

² RS 221.302.

³ RS 311.0.

⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions Le pacte vert pour l'Europe du 11 décembre 2019, COM/2019/640 final.

Parmi les mesures phares de ce pacte figurent la Directive (UE) 2022/2464 du Parlement européen et du Conseil 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 (directive sur le devoir de transparence)⁵, et la Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859 (directive sur le devoir de vigilance)⁶.

Ces directives européennes ont un effet extraterritorial et s'appliquent donc également aux entreprises suisses, quelle que soit leur taille ou leur secteur d'activité, soit directement, soit indirectement par le biais de dispositions contractuelles (y compris sous forme de codes de conduite)⁷. On estime que jusqu'à 50'000 entreprises suisses pourraient être affectées par la directive sur le devoir de vigilance⁸.

Les exportations des entreprises suisses vers l'Union européenne représentent 44,8% des exportations totales suisses⁹. Il devient donc nécessaire d'harmoniser les lois pour éviter des coûts inutiles et garantir un accès fluide au marché européen.

Dans ce contexte, une réforme des art. 964a à 964c du CO était indispensable. Ces dispositions résultent d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »¹⁰ et s'inspirent des dispositions relatives à la publication d'informations non financières de la directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil¹¹. Toutefois, ces dispositions sont désormais dépassées avec l'adoption de la directive sur le devoir de transparence, qui est plus ambitieuse et contraignante. Cette dernière est déjà en vigueur pour l'exercice social 2024.

Les principales modifications proposées se déclinent en cinq points.

Tout d'abord, l'**extension du champ d'application**. Les conditions cumulatives sont remplacées par des exigences alternatives. L'avant-projet élargit l'obligation de reddition de compte et de publication sur les questions de durabilité à toutes les sociétés d'intérêt public au sens de l'art. 2, let. c ch. 1 et 2 de la LSR, à l'exception des microentreprises. Ces dernières, exemptées selon l'art. 964b al. 1 ch. 2 AP-CO,

⁵ JO L 322/15.

⁶ JO L 2024/1760.

⁷ Sur l'application directe et indirecte de la CSRD, Neri-Castracane/Brander, Les enjeux de la CSRD pour les entreprises suisses, *in* Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW/RSDA) 5/2023.

⁸ Communiqué du Conseil fédéral du 26 juin 2024 « Gestion durable des entreprises : le Conseil fédéral veut durcir les règles en matière de publication d'informations », disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-101585.html> (dernière consultation : 10.10.2024) ; BSS Volkswirtschaftliche Beratung AG/Okö-Institut e.V., Vertiefte Analyse Auswirkungen der CSDDD auf Schweizer Unternehmen, Standortattraktivität und Wettbewerb von 8.11.2023, p. 16.

⁹ Information fournie par l'Office fédéral de la statistique OFS, disponible sous <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/commerce-exterieur/bilan-commercial-importations-exportations.html> (dernière consultation : 29.09.2024).

¹⁰ Message du 15 septembre 2017 relatif à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement », FF 2017 5999 ; Objet du Conseil fédéral n° 17.060 « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » initiative populaire du 15 septembre 2017.

¹¹ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil 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 182/2013.

sont définies selon les mêmes seuils que ceux établis par la Directive comptable 2013/34/UE à lire avec la Directive déléguée (UE) 2023/2775 de la Commission du 17 octobre 2023 modifiant la directive n° 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l’ajustement des critères de taille pour les micro-, petites, moyennes et grandes entreprises ou pour les groupes (directive comptable)¹² (art. 3 para 1 Directive comptable). Les seuils pour les grandes entreprises sont alignés sur les derniers critères de la directive européenne, avec exigence d’effectif d’emplois à temps plein en moyenne annuelle diminuée de 500 à 250. Par ailleurs, les groupes d’entreprises qui, ensemble (comptes consolidés) atteignent deux de ces valeurs au cours de deux exercices consécutifs seront également soumis à cette réglementation.

Deuxièmement, l’**augmentation des exigences en matière de publication**. Le contenu du rapport sera enrichi pour inclure des aspects de gouvernance et des objectifs assortis d’échéances. Cette évolution est à saluer, car les mécanismes et principes de gouvernance constituent des outils essentiels pour la transformation interne des entreprises et l’implémentation de stratégies de durabilité. La description d’objectifs temporellement définis permettra également d’évaluer la crédibilité des politiques mises en place ainsi que la qualité de leur mise en œuvre. Dans cette optique, le droit de recours au principe « appliquer ou expliquer » (*comply or explain*) sera supprimé : toutes les entreprises assujetties devront rédiger et publier un rapport détaillé sur les thématiques de durabilité élargies. De plus, le rapport devra couvrir l’ensemble de la chaîne de valeur, englobant non seulement les produits et services de l’entreprise, mais également les activités de ses partenaires de la chaîne d’approvisionnement et ses relations d’affaires. Ces informations ne pourront plus être exclues pour des raisons de « pertinence et proportionnalité » (art. 964b al. 2 ch. 4 let. b CO).

Troisièmement, l’avant-projet **précise les normes d’information applicables** : les normes d’information européennes (ESRS) peuvent être utilisées comme référence pour la rédaction du rapport de durabilité, ou d’autres normes équivalentes peuvent être choisies. Le Conseil fédéral devra désigner, par ordonnance, ces normes équivalentes. La liberté de choix, bien que régulée, qui est laissée par l’avant-projet mérite d’être saluée. Une étude récente indique que des pays représentant 55% du PIB mondial, soit 40% de la capitalisation mondiale, dont le Canada, l’Australie ou encore la Chine, ont adopté les standards de durabilité de l’International Sustainability Standards Board (ISSB) comme cadre de référence¹³.

Quatrièmement, il est requis que les publications soient faites dans un **format de rapport électronique**.

Enfin, l’avant-projet introduit l’exigence d’une **assurance du rapport** par une entreprise de révision ou un organisme d’évaluation de la conformité agréés.

Si le projet emporte sur le principe l’adhésion de la Faculté, certains points sont à préciser ou à revoir, et une réflexion à long terme devra également être engagée.

¹² C/2023/7020 final, JO L 2023/2775.

¹³ Information disponible sous <https://www.ifrs.org/news-and-events/news/2024/05/jurisdictions-representing-over-half-the-global-economy-by-gdp-take-steps-towards-issb-standards/> (dernière consultation : 20.09.2024).

II. Remarques critiques

A. *Sur l'harmonisation avec la directive sur le devoir de vigilance et en faveur d'un cadre favorable aux PME suisses*

Le Conseil fédéral a décidé de repousser à une date ultérieure et indéterminée la réflexion sur une harmonisation du droit suisse avec la directive sur le devoir de vigilance, en attendant une étude commandée pour l'automne 2024¹⁴. Une approche conjointe sur l'harmonisation du droit suisse, tant avec la directive sur le devoir de transparence qu'avec celle sur le devoir de vigilance, aurait été préférable pour trois raisons.

Tout d'abord, la directive sur le devoir de transparence comporte en réalité déjà une exigence implicite de vigilance. Pour rendre compte des incidences négatives, qu'elles soient réelles ou potentielles, ainsi que des mesures prises pour prévenir, atténuer, corriger ou supprimer ces incidences, il est nécessaire d'établir un suivi rigoureux et d'adopter des politiques de vigilance. Cela est précisé à l'art. 964c al. 3 ch. 6 AP-CO qui fait écho à l'art. 19bis para 2 let. f (i) de la directive sur le devoir de transparence.

La stratégie européenne a été présentée par thématiques apparemment distinctes, en raison de considérations d'opportunités politiques. Ce mouvement d'adoption d'actes législatifs, allant des mesures les plus sectorielles aux plus générales et ambitieuses, a débuté avec l'adoption du Règlement (UE) 2019/2088 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers¹⁵. Une fois cette politique mise en œuvre par étapes et adoptée dans l'Union européenne, il serait pertinent de réfléchir à l'opportunité et le bien-fondé d'une imitation de cet enchaînement réglementaire. En réalité, la directive sur le devoir de vigilance englobe également la directive sur le devoir de transparence. Les entités soumises directement à la directive sur le devoir de transparence le sont à tout le moins indirectement à la directive sur le devoir de vigilance, soit en tant qu'entités du même groupe, soit en tant que partenaires commerciaux ou acteurs de la chaîne de valeur. Autrement dit, il serait possible d'éviter une reprise *verbatim* de la directive sur le devoir de transparence en adoptant une réglementation axée sur le devoir de vigilance. Ainsi, la modification du CO pourrait être mineure, permettant de revenir à un texte plus concis que l'actuel, avec les exigences de transparence détaillées dans une ordonnance d'exécution qui devra, de toute façon, être rédigée en vertu de l'art. 964c al. 5 AP-CO. D'autant plus que les modifications proposées par l'AP-CO ne devraient pas entrer en vigueur avant le 1^{er} janvier 2027, date à laquelle la directive sur le devoir de vigilance s'appliquera aux plus grandes entreprises européennes et à leur chaîne de valeur.

Deuxièmement, la directive sur le devoir de vigilance prévoit plusieurs mesures de soutien pour les petites et moyennes entreprises (PME). Ce soutien doit être fourni à la fois par les entreprises assujetties et par les Etats membres. Il se manifeste sous différentes formes, notamment un soutien financier, l'allocation de ressources et l'établissement de pratiques contractuelles responsables vis-à-vis des fournisseurs et partenaires commerciaux. Une harmonisation du droit suisse avec la directive sur le devoir de vigilance favoriserait une transition plus efficace des PME suisses vers la durabilité. Une réflexion et mise en œuvre rapides seraient bénéfiques pour les PME suisses, qui, en 2021, représentaient environ 99% des entreprises marchandes de Suisse¹⁶. Cela permettrait de prévenir

¹⁴ Communiqué du Conseil fédéral du 26 juin 2024 « Gestion durable des entreprises : le Conseil fédéral veut durcir les règles en matière de publication d'informations », disponible sous <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-101585.html> (dernière consultation : 10.10.2024).

¹⁵ JO L 317/2019.

¹⁶ Office fédéral de la statistique OFS, Actualités OFS, Portrait des PME suisses, 2011-2021, 26 octobre 2023, p. 1.

toute distorsion de concurrence entre les PME suisses et leurs homologues européens en matière d'accès au marché européen. En outre, cela aiderait les PME suisses à éviter la conclusion de contrats de durée très désavantageux, leur permettant ainsi de maintenir leur compétitivité sans risquer de se retrouver hors du marché.

Enfin et surtout, l'AP-CO, dans sa formulation actuelle, impose des obligations plus contraignantes aux PME suisses que la réglementation européenne. En plus des mesures de soutien aux PME prévues par la directive sur le devoir de vigilance, la directive sur le devoir de transparence limite les obligations de transparence des PME à certaines informations et propose des standards adaptés (projet LSME pour les PME cotées et projet VSME pour celles qui souhaiteraient y adhérer volontairement). Selon l'art. 19bis para. 6 de la directive sur le devoir de transparence, les PME européennes ne doivent fournir que les informations suivantes :

- Une brève description du modèle commercial et de la stratégie de l'entreprise (art. 964c al. 3 ch. 1 AP-CO) ;
- Une description des politiques de l'entreprise en ce qui concerne les questions de durabilité (art. 964c al. 3 ch. 4 AP-CO) ;
- Une description des principales incidences négatives, réelles ou potentielles, de l'entreprise sur les questions de durabilité, ainsi que des mesures prises pour les recenser, surveiller, prévenir, atténuer ou corriger ces incidences (art. 964c al. 3 ch. 7 et 8 AP-CO, avec exigences revues à la baisse). En d'autres termes, aucune mesure relative à la chaîne de valeur n'est attendue à ce stade pour les PME européennes, tout comme les mesures visant à éliminer les incidences négatives.
- Une description des principaux risques liés aux questions de durabilité et de la manière dont l'entreprise gère ces risques (art. 964c al. 3 ch. 9 AP-CO) ;
- Une description des indicateurs clés nécessaires pour les informations à publier mentionnées ci-dessus (art. 964c al. 3 ch. 10 AP-CO).

Une réflexion globale et favorable aux PME serait plus judicieuse et fortement souhaitable. A tout le moins, une disposition équivalente à l'art. 19bis para. 6 de la directive sur le devoir de transparence devrait être intégrée à l'AP-CO dans un nouvel alinéa de l'art. 964c AP-CO.

B. Sur une reprise partiellement verbatim de la directive sur le devoir de transparence

Les art. 964a à 964c^{ter} AP-CO reprennent le contenu de la directive sur le devoir de transparence, mais sans reproduire systématiquement le texte de manière *ad verbatim*. Cela est regrettable pour la sécurité juridique, car cela laisse entendre qu'une interprétation différente du texte de l'AP-CO par rapport à celle de la directive européenne pourrait être envisagée. Une telle situation semble contraire à l'intention du Conseil fédéral. **Il serait donc souhaitable d'harmoniser les formulations suivantes avec celles de la directive sur le devoir de transparence :**

- Concernant l'art. 964a ch. 2 AP-CO : Les seuils ne correspondent pas à ceux des entreprises soumises à un contrôle ordinaire. Il s'agit en effet d'une reprise des seuils actuellement applicables en vertu de la directive sur le devoir de transparence, plus précisément la directive comptable. Or, cette dernière définit les PME et les grandes entreprises à son article 3. L'art. 3 para. 13 de la directive comptable impose à la Commission européenne de réexaminer tous les cinq ans les critères de volume financier et, le cas échéant, de les ajuster, au moyen d'un

acte délégué (art. 49). Par un acte délégué du 17 octobre 2023¹⁷, la Commission européenne a adapté à la hausse ces seuils, restreignant ainsi le champ d'application de la directive sur le devoir de transparence. Ces seuils pourraient encore être modifiés en 2028. L'AP-CO, en revanche, ne prévoit pas de réexamen des seuils, ce qui pourrait engendrer une discordance à l'avenir. La proposition actuelle n'est ni cohérente avec le référentiel généralement utilisé en droit suisse (seuils du contrôle ordinaire ou du contrôle restreint), ni avec la législation européenne en vigueur, qui prévoit un réexamen périodique. Il serait donc préférable d'adopter l'une ou l'autre de ces formules.

- Concernant la version française de l'art. 964c al. 2 AP-CO :
 - La formule « les informations qui sont nécessaires pour comprendre... » devrait être remplacée par « les informations qui permettent de comprendre... », même s'il est vrai que les versions allemandes et italiennes de la directive sur le devoir de transparence, et de l'avant-projet lui préfèrent la première formule.
 - La formule « les incidences de l'activité de l'entreprise sur les questions de durabilité » devrait être remplacée par « les incidences de l'entreprise sur les questions de durabilité ».
 - Enfin, le terme « performance » devrait être remplacé par le terme plus neutre de « résultats », comme c'est le cas dans les versions allemandes et italienne.
- Concernant l'art. 964c al. 3 ch. 1 AP-CO : La directive sur le devoir de transparence exige une brève description du modèle commercial. Il serait approprié d'ajouter également le qualificatif de « brève » (*kurze, breve*) à la disposition de l'AP-CO.
- Concernant l'art. 964c al. 3 ch. 2 AP-CO : Contrairement à la directive européenne, cette disposition n'exige pas que l'entreprise décrive les progrès réalisés dans l'atteinte des objectifs qu'elle s'est fixés, ni qu'elle indique les éventuelles preuves scientifiques sur lesquelles reposent ces objectifs (*Beschreibung der Fortschritte, die das Unternehmen im Hinblick auf die Erreichung dieser Ziele erzielt hat, und eine Erklärung, ob die auf Umweltfaktoren bezogenen Ziele des Unternehmens auf schlüssigen wissenschaftlichen Beweisen beruhen ; descrizione dei progressi da essa realizzati nel conseguimento degli stessi e una dichiarazione che attesti se gli obiettivi dell'impresa relativi ai fattori ambientali sono basati su prove scientifiche conclusive*). La description des progrès accomplis par rapport aux objectifs fixés est essentielle pour garantir leur réalisme, un aspect qui sera alors également examiné par l'entité en charge de donner une assurance sur le rapport. Cela constitue un élément clé pour rendre compte de l'évolution de l'entreprise en matière de durabilité et pour fournir des informations utiles aux parties prenantes. La précision des preuves scientifiques devrait également servir d'outil pour évaluer la fiabilité et la sincérité des objectifs et des progrès réalisés, facilitant ainsi un dialogue constructif entre l'organe supérieur de direction et d'administration et l'entité chargée de l'assurance du rapport. Toutefois, cette dernière exigence pourrait tout aussi bien être intégrée dans les normes en préparation pour les missions d'assurance.

¹⁷ Directive déléguée (UE) 2023/2775 de la Commission du 17 octobre 2023 modifiant la directive n° 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne l'ajustement des critères de taille pour les micro-, petites, moyennes et grandes entreprises ou pour les groupes (C/2023/7020 final, JO L 2023/2775).

- Concernant l'art. 964c al. 3 ch. 4 AP-CO : La formulation « la politique de l'entreprise » devrait être remplacée par « les politiques de l'entreprise ». La directive sur le devoir de transparence privilégie l'usage du pluriel dans ses versions française et italienne. Cependant, l'avant-projet ne le reprend qu'en version italienne (*delle politiche dell'impresa*). Une harmonisation de toutes les versions, y compris la version allemande, serait préférable, même si le texte européen utilise la forme singulière dans sa version allemande. Il est en effet plus probable que l'entreprise dispose de plusieurs politiques thématiques (par exemple, réduction du CO2, diversité etc.).
- Concernant l'art. 964c al. 3 ch. 6 AP-CO : La formulation européenne fait référence à la « diligence raisonnable » dans la version française et à la diligence due (*due diligence, diligenza dovuta*) dans sa version allemande et italienne. L'AP-CO se réfère à une diligence mise en œuvre (*angewandte Sorgfaltsprüfung*) et à une diligence due (*dovuta diligenza*) dans le texte italien. Une harmonisation serait souhaitable, même si plutôt en faveur du texte français de la directive européenne (*diligence raisonnable, vernünftige Sorgfaltsprüfung ; ragionevole diligenza*).
- Concernant l'art. 964c al. 7 AP-CO : Cette disposition s'inspire des art. 962 al. 4 et 962a al. 5 CO. L'art. 962 al. 4 CO privilégie, en français, l'expression « organe supérieur » plutôt que « assemblée générale », une terminologie qui devrait également être adoptée dans la version française de l'art. 964c al. 7 AP-CO (ou dans toute disposition équivalente), afin de garantir une neutralité à l'égard des différentes formes juridiques susceptibles d'être assujetties. Les textes allemand (*oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan*) et italien (*organo superiore di direzione o di amministrazione*) sont, en revanche, corrects.

Il convient également de noter que certains aspects de la directive sur le devoir de transparence n'ont pas été intégrés dans l'AP-CO. A moins d'indications contraires dans la présente prise de position, cela ne semble pas poser de problème. Par exemple, l'art. 964c al. 3 ch. 3 ne reprend pas l'exigence de l'art. 19bis para. 2 let. c de la directive européenne, qui concerne la description de l'expertise et des compétences des organes dirigeants en matière de durabilité. Cela n'est pas nécessaire, étant donné que la norme ESRS G1 en matière de gouvernance n'impose pas non plus ce niveau de détail sur ces aspects.

C. Sur le vote de l'organe compétent pour l'approbation des comptes

L'art. 964c^{ter} al. 3 AP-CO reprend en substance le contenu de l'art. 964c CO. La modification du *dies a quo* de la publication, qui intervient désormais après l'approbation des comptes annuels plutôt que l'approbation du rapport de durabilité, a le mérite de clarifier l'obligation de publication, y compris en cas de vote négatif.

Cependant, la nature contraignante du vote, telle que précisée dans le rapport explicatif, complexifie inutilement la procédure. Un vote contraignant signifie que l'organe supérieur de direction doit obtenir un vote positif, même si cela implique l'éventuelle répétition du processus de vote. Le simple fait de mentionner un vote négatif dans le rapport au moment de sa mise en ligne ne serait donc pas suffisant, tout comme l'éventuelle obligation de consulter les principaux actionnaires après un tel vote négatif. Le nouveau texte reste incertain quant à la marche à suivre en cas de rejet par l'organe compétent pour l'approbation des comptes annuels.

Retourner à de multiples reprises auprès de cet organe représente une charge considérable et de faible utilité, notamment pour un rapport qui se concentre principalement sur des informations passées. De plus, un vote négatif pourrait être motivé par des raisons étrangères au contenu du rapport lui-même

(par exemple désaccord avec la politique future en matière de durabilité, critiques à l'égard du conseil d'administration).

Il semble donc préférable de profiter de cette réforme pour **préciser que le vote doit être consultatif. L'organe supérieur de direction devrait alors être tenu de mentionner de manière visible le résultat du vote, en début ou en fin de rapport.** Cela permettrait de clarifier à la fois le *dies a quo* du délai de 10 ans et son terme. Un vote négatif devrait inciter naturellement l'organe supérieur de direction à engager une consultation avec les principaux actionnaires afin d'éviter un nouveau vote négatif l'année suivante.

D. Sur la transposition au sein du CO et le titre du chapitre

La structure de l'AP-CO reflète celle des art. 964a à 964c CO actuels. Issue d'un contre-projet indirect adopté rapidement, cette structure présente néanmoins des aspects perfectibles. L'AP-CO offre l'opportunité de **renforcer la cohérence législative du projet avec les dispositions existantes, tout en respectant la structure interne du CO.** Des articles distincts traitant de compétences, du contenu et de l'assurance peuvent ne pas être les plus adaptés à une réglementation contraignante, qui ne vise pas à être adoptée selon un modèle d'*opting-in*.

Les éléments suivants mériteraient réflexion :

- Les dispositions relatives au droit comptable sont organisées en fonction des produits (comptes annuels, comptes intermédiaires, comptes consolidés etc.) plutôt qu'en fonction des obligations. Il serait donc plus cohérent de renommer le chapitre VI « Transparence sur les questions de durabilité » en « Rapport de durabilité ».
- Les alinéas 5 et 7 de l'art. 964c AP-CO mériteraient d'être dissociés en dispositions distinctes, à l'image des art. 962 et 962a CO.
- Le contenu de l'art. 964c^{bis} AP-CO pourrait être simplifié. Par exemple, la première phrase de l'al. 2 suffirait à permettre la définition des exigences par voie d'ordonnance. De la même manière, cet alinéa pourrait simplement indiquer que le rapport de durabilité doit être soumis à l'assurance d'une personne qualifiée et indépendante habilitée à cet effet, tout en précisant que le Conseil fédéral désigne ces personnes. L'alinéa 3 pourrait également être réduit à l'essentiel, en stipulant que les exigences applicables à l'organe de révision chargé d'un contrôle ordinaire s'appliquent, par analogie, aux entités habilitées à fournir une assurance sur le rapport de durabilité, à l'exception des dispositions concernant l'objet et l'étendue du rapport ainsi que son élection. Cela permettrait de renvoyer aux articles mentionnés à l'alinéa 3 de l'art. 964c^{bis} AP-CO, à l'exception de l'art. 730 CO, qui ne semble pas nécessaire. Si la compétence de l'élection de cette entité doit être réservée à l'organe supérieur de direction, il conviendrait de le préciser à l'art. 716a al. 1 ch. 4 CO. À défaut, s'agissant d'un mandat de droit privé dont le contenu est défini par le droit, sa conclusion s'appuierait sur les règles de représentation classiques pour les personnes morales. Pour éviter d'assimiler la personne en charge de l'assurance du rapport de durabilité à un organe de la société, tout en reconnaissant son importance dans l'organisation de celle-ci, la version retravaillée de l'art. 964c^{bis} AP-CO pourrait être déplacée dans un nouvel article, sous une nouvelle lettre D ou E, avant ou après l'art. 731b CO.
- Pour les comptes annuels, les comptes consolidés et le rapport de gestion, les dispositions équivalents à l'art. 964c^{ter} AP-CO sont réparties entre plusieurs articles du droit de la société

anonyme et du droit comptable. Il n'y a pas de raison de traiter le rapport de durabilité différemment. Par exemple, l'art. 958f CO pourrait être modifié pour y inclure une référence au rapport de durabilité, à l'instar de l'art. 728a al. 1 ch. 5 AP-CO. Dans ce cas, l'art. 964c^{ter} AP-CO deviendrait obsolète. L'art 958f al. 1 CO pourrait en effet inclure des dispositions relatives à la publicité du rapport de durabilité, ce qui permettrait d'aborder les exigences des alinéas 1 et 3 de l'art. 964c^{ter} AP-CO par voie d'ordonnance. Le contenu de l'art. 964c^{ter} al. 2 AP-CO devrait être intégré dans les dispositions concernant les compétences des organes concernés. A cet égard, l'art. 698 al. 2 ch. 3 pourrait être modifié pour y ajouter le rapport de durabilité. De même, l'art. 716a al. 1 CO pourrait être ajusté pour y inclure les principes applicables au rapport de durabilité, en les intégrant aux chiffres 3 et 6, ou en créant un nouveau chiffre dédié. Le chiffre 4 devrait également être complété si l'on souhaite attribuer exclusivement à l'organe supérieur de direction la compétence pour l'élection et la révocation des personnes en charge de cette mission d'assurance. Il conviendrait ensuite de vérifier que les renvois au droit de la société anonyme dans les autres formes juridiques incluent également ces aspects, ou de modifier les dispositions pertinentes en conséquence.

Ces ajustements permettraient de respecter la cohérence interne du droit de la société anonyme et du droit comptable.

E. Sur le choix des normes d'information

Conformément à l'art. 964c al. 7 AP-CO, le choix des normes d'information applicables relève de l'organe supérieur de direction ou d'administration, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale concernant les normes à adopter.

Ces normes peuvent être celles de l'Union européenne ou d'autres normes équivalentes (art. 964c al. 5 AP-CO). L'art. 964c al. 5, dernière phrase, AP-CO précise que le Conseil fédéral désigne les normes équivalentes. A ce titre, les normes ISSB, soutenues notamment par le projet de l'International Standard on Sustainability Assurance (ISSA) 5000, General Requirements for Sustainability Assurance Engagements pourraient être considérées comme équivalentes. L'European Financial Reporting Advisory Group (EFRAG), sous mandat de la Commission européenne, élabore actuellement plusieurs normes sectorielles ainsi que des normes spécifiques aux PME (LSME pour les PME cotées et VSME pour les autres). Les normes européennes destinées aux PME devraient être prêtes d'ici au 1er janvier 2026. Cependant, ce calendrier ne permet pas aux PME de disposer pleinement des deux années de transition pour se familiariser avec ces normes européennes « simplifiées ». **Il pourrait donc être judicieux de prolonger la période transitoire pour les PME. Par ailleurs, afin d'améliorer la comparabilité des données, il serait souhaitable que le Conseil fédéral limite le nombre de normes reconnues comme équivalentes.**

Comme à l'art. 962a al. 5 CO, il serait opportun de préciser que le Conseil fédéral peut définir les conditions requises pour choisir une norme ou en changer. En effet, tout comme pour la comptabilité financière, un changement annuel de normes serait contreproductif pour garantir la continuité. Il serait également judicieux de tenir compte de la norme comptable choisie pour les comptes financiers dans la détermination de la norme applicables aux informations relatives à la durabilité, une exigence qui pourrait être intégrée dans l'ordonnance du Conseil fédéral.

F. Sur les modifications de la LSR

La LSR est partiellement modifiée par l'AP-CO. Cette loi régit l'agrément et la surveillance des personnes fournissant des prestations en matière de révision.

Les prestations de révision doivent être distinguées des missions d'assurance. Ces missions d'assurances peuvent découler des lois sur les marchés financiers, ou porter sur d'autres aspects.

Une entreprise agréée en tant qu'entreprise de révision peut être amenée à fournir trois types de prestations : prestation en matière de révision, prestation d'audit au sens des lois sur les marchés financiers et prestation d'assurance autre. Toutefois, son agrément en tant qu'entreprise de révision n'est pertinent que pour la première catégorie. Lorsqu'elle effectue une prestation en matière de révision, elle intervient en tant qu'organe de la société, désigné par l'assemblée générale, pour procéder au contrôle ordinaire ou restreint des comptes annuels, ou, le cas échéant, des comptes consolidés.

Lorsqu'elle fournit une prestation d'assurance au sens des lois sur les marchés financiers, l'entreprise agit en tant que société d'audit dans le cadre de mandats de droit privé définis par le droit public. Dans ce cas, elle est désignée par l'organe supérieur de direction et doit vérifier le respect de certaines exigences (notamment en matière d'autorisation, de prescriptions sur les fonds propres, de répartition des risques et d'aspects de gouvernance), telles que stipulées par les art. 24 et suivants de la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFINMA)¹⁸, l'art. 19 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB)¹⁹, ainsi que les art. 62 et 63 de la loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin)²⁰. Cette mission, appelée audit prudentiel, consiste à fournir une assurance raisonnable ou limitée quant au respect de ces exigences.

Enfin, une entreprise peut également fournir une assurance qui ne relève pas des missions d'audit au sens des lois sur les marchés financiers. Cela s'applique, par exemple, à une assurance (raisonnable ou limitée) concernant un rapport de durabilité. Dans ce cas, l'entreprise intervient en vertu d'un contrat de droit privé dont l'objet est délimité par le contrat ou par le droit privé, selon les juridictions.

Il subsiste une certaine confusion dans l'avant-projet de réforme concernant l'utilisation interchangeable des termes « révision », « vérification » (*Prüfung* ; *verifische*), « évaluation » (*Bewertung* ; *valutazione*) et « audit » (*Prüfung* ; *verifische*). Autrement dit, tant que les questions de durabilité ne sont pas pleinement intégrées aux comptes annuels (et non uniquement au rapport annuel), il n'est pas pertinent de parler de prestations de révision (*Revisionsdienstleistungen* ; *servizi di revisione*). **La LSR ne devrait donc pas être modifiée, à moins que son titre et son objet ne soient étendus aux missions d'assurance autres que les audits prudentiels au sens des lois sur les marchés financiers.** Dans ce cas, il conviendrait d'ajouter dans les définitions les services d'audit et d'assurance. À défaut, les exigences de base devraient figurer dans le CO, ou une nouvelle loi et une ordonnance spécifique devraient être envisagées, avec des renvois éventuels à la LSR, à l'instar de l'Ordonnance du 5 novembre 2014 sur les audits des marchés financiers (OA-FINMA)²¹. Les articles 5 et 6 de cette ordonnance pourraient d'ailleurs servir de modèle. Une proposition d'intégration des exigences de base dans le CO est formulée ci-dessus.

Enfin, et surtout, les organismes habilités à réaliser des missions d'assurance sur les rapports de durabilité ne devraient pas être soumis à des exigences inférieures en matière de formation et de pratique professionnelle. De nouvelles solutions en faveur du développement durable et des relations avec les acteurs de la chaîne de valeur et les parties prenantes émergent constamment. Il semble donc approprié et raisonnable d'imposer une obligation de formation continue. De plus, étant donné que les normes de référence, telles que les ESRS ou les ISSB, sont relativement récentes, il est essentiel de

¹⁸ RS 956.1.

¹⁹ RS 952.0.

²⁰ RS 954.1.

²¹ RS 956.161.

s'assurer que les professionnels qui les utilisent bénéficient d'une formation adéquate. Une expérience pratique, que ce soit dans les domaines de la comptabilité ou du conseil en développement durable, paraît également indispensable.

* * *

En d'autres termes, tout en accueillant favorablement l'avant-projet, il paraît important d'y inclure les réflexions suivantes :

- Une approche globale qui englobe le devoir de diligence et soit plus adaptée aux PME, afin de ne pas les pénaliser de manière disproportionnée dans l'application de ces nouvelles règles.
- Une reprise verbatim de la directive européenne sur la transparence. En effet, s'écarter occasionnellement du texte pourrait créer des incertitudes d'interprétation, qu'il serait préférable d'éviter en suivant rigoureusement les termes de la directive.
- Une reconsidération du rôle de l'assemblée générale dans le processus de vote, notamment en cas de vote négatif, pour assurer le bon fonctionnement de la mécanique et éviter les complexités inutiles.
- Un travail de transposition plus détaillé au sein du CO, en modifiant d'autres dispositions du droit comptable pour une meilleure cohérence juridique.
- Une limitation du nombre de normes équivalentes, avec une identification claire des normes de référence spécifiques aux PME.
- L'utilisation explicite des termes "assurance" ou "audit" pour désigner le rapport de durabilité, tout en évitant toute confusion avec l'activité de révision des comptes. Les exigences en termes de formation et de pratique professionnelle pour ceux habilités à fournir une telle assurance devraient être uniformes pour garantir la qualité des prestations.

En vous remerciant de l'attention portée à la présente, je vous prie de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de ma considération distinguée.



Giulia Neri-Castracane