

# N

Monthly  
Newsletter  
July 2022

**Schellenberg  
Wittmer**

**Banking & Finance**



# Développements réglementaires concernant la "Sustainable Finance"

Olivier Favre, Dominic Wälchli

## Key Take-aways

- 1.** Les sociétés publiques de droit suisse ainsi que les entreprises soumises à surveillance d'après les lois sur les marchés financiers sont tenues, à partir d'une certaine taille, d'établir un rapport sur les questions climatiques.
- 2.** Selon une nouvelle autorégulation de l'Association suisse des banquiers, des normes ESG contraignantes pour les membres seront introduites dans les domaines du conseil en placement et de la gestion de fortune.
- 3.** Toutefois, il manque jusqu'à présent en Suisse des bases légales spécifiques pour les produits financiers concernant la prévention du Greenwashing.

## 1 Introduction

Par finance durable, on entend la prise en compte de critères (dits *critères ESG*) écologiques, sociaux et de gouvernance (*gestion d'entreprise*) par les acteurs du marché financier. Le secteur financier doit permettre une **croissance économique durable** sans avoir d'impact négatif sur l'environnement, le climat et la société.

Le 7 juillet 2022, la consultation sur le projet d'ordonnance relative à l'établissement de rapports sur les questions climatiques (**Ordonnance RC**), qui a débuté le 30 mars 2022, a pris fin. Ce rapport fait partie des questions environnementales dans le cadre du **rapport sur les questions non financières** de l'article 964b du Code des obligations suisse du 30 mars 2011 (CO). L'obligation de rendre compte a été mise en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2022 dans le cadre de la mise en œuvre du contre-projet indirect à l'initiative populaire "Pour des entreprises responsables - pour protéger l'être humain et l'environnement", avec une période de transition jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2023 pour la mise en œuvre.

L'Ordonnance RC vise à améliorer la **durabilité dans le secteur financier** (*Sustainable Finance*) et à renforcer la position de la place financière suisse en matière de services financiers durables.

## 2 Recommandations de la TCFD

La "Task Force on Climate-related Financial Disclosures" (**TCFD**), créée par le conseil de stabilité financière (*Financial Stability Board*) en 2015, a élaboré une série de recommandations pour un **rapport financier efficace sur les questions climatiques**. Ces recommandations prévoient la publication de rapports comparables, complets, compréhensibles, objectivement vérifiables et cohérents dans le temps sur la gestion des risques et des opportunités liés au climat, ainsi que la publication de l'impact réel et potentiel des risques et des opportunités liés au climat sur les activités, la stratégie et la planification financière de l'entreprise.

Les recommandations de la TCFD ne sont pas juridiquement contraignantes, mais sont considérées comme un **standard internationalement reconnu**.

## 3 Etablissement de rapports sur les questions climatiques conformément à l'Ordonnance RC

L'Ordonnance RC a pour but de créer, par le biais d'une mise en œuvre obligatoire des recommandations de la TCFD, des données pertinentes et comparables sur les enjeux et les objectifs climatiques, afin que ceux-ci puissent être pris en compte dans le conseil en placement, les bilans des investisseurs ainsi que le système financier dans son ensemble. Dans la mesure où une entreprise respecte les prescriptions de l'art. 3 de l'Ordonnance RC, il est présumé que l'entreprise a rempli son obligation d'établir des rapports sur les questions climatiques conformément à l'art. 964b al. 1 CO. Dans le cas contraire, l'entreprise doit - dans le sens de "comply or ex-

plain" - démontrer comment elle a rempli cette obligation d'une autre manière ou pourquoi elle ne suit pas de concept dans le domaine des questions climatiques.

L'Ordonnance RC doit entrer en vigueur en début 2023.

Les questions climatiques comprennent - au sens du principe de la **"double importance"** - à la fois les impacts du climat sur les entreprises et les impacts de l'activité de l'entreprise sur le climat (art. 1, par. 2, de l'Ordonnance RC).

Les obligations prévues par l'Ordonnance RC s'appliquent aux **entreprises suisses** qui remplissent les critères d'éligibilité suivants de manière cumulative :

1. **Sociétés d'intérêt public** au sens de l'art. 2 lit. c de la loi sur la surveillance de la révision du 16 décembre 2005, c'est-à-dire les sociétés ouvertes au public au sens de l'art. 727 al. 1 ch. 1 CO ou les sociétés, qui, en vertu de l'art. 3 LFINMA, doivent obtenir une autorisation, une reconnaissance, un agrément ou un enregistrement auprès d'une autorité de surveillance des marchés financiers conformément à une loi sur les marchés financiers (p. ex. banques, maisons de titres, assurances, directions de fonds, gestionnaires de fortune ou infrastructures des marchés financiers),
2. qui, avec les entreprises nationales ou étrangères qu'elles contrôlent, emploient au moins **500 personnes à plein temps** en moyenne annuelle au cours de deux exercices successifs ; et
3. qui, avec les entreprises suisses ou étrangères qu'elles contrôlent, atteignent au moins un **total de bilan de CHF 20 millions** ou un **chiffre d'affaires de CHF 40 millions** au cours de deux exercices successifs.

---

## L'Ordonnance sur les rapports climatiques doit mettre en œuvre les recommandations de la TCFD.

---

Le règlement sur les rapports climatiques ne s'applique donc pas aux **petites et moyennes entreprises (PME)**.

Conformément à l'Ordonnance RC, l'obligation d'établir des rapports sur les questions climatiques est remplie si elle est effectuée conformément aux **recommandations de la TCFD de 2017**, complétées par **l'annexe d'octobre 2021**. Dans la mesure du possible et de manière appropriée, le document de soutien **"Guidance on Metrics, Targets, and Transition Plans"** d'octobre 2021 doit en outre être pris en compte.

Dans le cadre du rapport, les thèmes de la **gouvernance, de la stratégie, de la gestion des risques et des indicateurs/objectifs** doivent être pris en compte (art. 3, al. 1 de l'Ordonnance RC). Un **plan de transition** doit être publié, comparable aux objectifs climatiques suisses et qui contient, dans la mesure du possible et de manière appropriée, des indications sous forme quantitative ainsi que la publication des hypothèses de base et des méthodes et normes appliquées

permettant de garantir la comparabilité (art. 3, al. 3, de l'Ordonnance RC). Le plan de transition doit notamment aborder les risques de transition pour l'entreprise concernée, mentionner les objectifs en matière d'émissions de gaz à effet de serre et contenir les activités spécifiques visant à réduire les émissions de gaz à effet de serre dans l'entreprise et dans la chaîne de création de valeur ainsi que d'autres approches concrètes pour la transition vers une économie à faibles émissions de CO<sub>2</sub>. Dans la mesure du possible et de manière appropriée, des objectifs quantitatifs en matière de CO<sub>2</sub> et, le cas échéant, des objectifs pour d'autres gaz à effet de serre, ainsi que des informations sur l'ensemble des émissions de gaz à effet de serre doivent également être présentés (art. 3, par. 4, de l'Ordonnance RC). La preuve de l'efficacité des mesures prises par les entreprises doit ensuite être apportée dans le cadre d'une évaluation globale qualitative ou quantitative (art. 3, al. 6, de l'Ordonnance RC). Les établissements financiers sont en outre tenus d'intégrer des **analyses prospectives de la comptabilité climatique** basées sur des scénarios lors de la prise en compte des orientations sectorielles spécifiques aux établissements financiers (art. 3, al. 5, de l'Ordonnance relative au rapport sur les questions climatiques).

## 4 Incidence de l'Ordonnance RC sur le Greenwashing

On parle de **Greenwashing** lorsque les clients des institutions financières sont trompés ou induits en erreur, sciemment ou non, sur les caractéristiques durables des produits financiers et des processus de conseil. En Suisse, il manque des bases légales qui permettraient de **prévenir ou de combattre efficacement le Greenwashing**.

Alors que l'Ordonnance RC intervient au niveau des établissements financiers ou des entreprises concernées, elle ne contient jusqu'à présent **aucune définition d'indicateurs d'impact climatique ou de durabilité** qui créerait une transparence pour tous les produits financiers et réduirait ainsi le risque de Greenwashing au niveau des produits.

À l'échelle des produits, la FINMA a certes informé, dans la Communication FINMA sur la surveillance 05/2021 relative à la prévention et à la lutte contre le Greenwashing du 3 novembre 2021 (**Communication FINMA sur la surveillance 05/2021**) de ses **attentes quant à l'état actuel de la pratique en matière de gestion de placements collectifs de capitaux ayant un lien avec la durabilité au niveau des fonds et des établissements**, et a attiré l'attention des prestataires de services financiers proposant des produits financiers **ayant un lien avec la durabilité sur les risques potentiels** liés au Greenwashing dans le processus de conseil. La FINMA est parallèlement parvenue à la conclusion que sa marge de manœuvre pour prévenir le Greenwashing était limitée en l'absence de bases légales.

Pour les établissements financiers en Suisse, il convient de noter que même en l'absence de dispositions spécifiques sur le Greenwashing, des **dispositions légales généralement applicables** doivent être respectées **afin d'éviter de tromper et d'induire en erreur les clients**. Par exemple, l'art. 12 al. 1 de la loi sur les placements collectifs du 23 juin 2006 prévoit que la dénomination des placements

collectifs ne doit pas prêter à confusion ou induire en erreur. La loi fédérale contre la concurrence déloyale interdit les comportements trompeurs ou contraires au principe de la bonne foi.

---

# La directive ESG de l'ASB s'appliquera au conseil en investissement et à la gestion de fortune.

---

## 5 Autorégulation de l'association suisse des banquiers sur les préférences ESG

Au niveau des services financiers, l'Association suisse des banquiers (ASB) a créé en juin 2022 une autorégulation pour les établissements membres, qui régit l'intégration des préférences ESG.

La directive pour les prestataires de services financiers relatives à l'intégration des préférences ESG et des risques ESG dans le conseil en placement et la gestion de fortune (**Directive ESG de l'ASB**) s'appliquera aux membres de l'ASB à partir de janvier 2023. La directive ESG de l'ASB a pour but d'introduire un **standard minimal pour l'intégration des préférences et des risques ESG dans le conseil en placement et la gestion de fortune, ainsi que de prévenir le Greenwashing** (art. 1). La directive ESG de l'ASB remplace l'ancien [guide pour la prise en compte des critères ESG dans le processus de conseil à la clientèle privée de juin 2020](#). Les non-membres peuvent mettre en œuvre la directive de l'ASB de manière volontaire et s'inscrire sur une liste tenue par l'ASB.

Conformément aux obligations basées sur des principes de la directive ESG de l'ASB, les prestataires de services financiers doivent recueillir les préférences ESG de leurs clients et en tenir compte dans le cadre du conseil en placement et de la gestion de fortune (art. 11 et 12). Ensuite, il faut s'assurer que les solutions d'investissement et les instruments financiers recommandés sont en accord avec les préférences ESG des clients. Le prestataire de services financiers a une obligation d'information, de documentation et de responsabilité (art. 10, 13 et 14) concernant les préférences ESG, les solutions d'investissement ESG et les risques ESG associés ainsi que les caractéristiques ESG des produits. En outre, les conseillers à la clientèle doivent être formés aux questions de domaine ESG (art. 15).

Ces obligations ne s'appliquent pas aux clients institutionnels au sens de l'art. 4 de la loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018 (LSFin). Les clients professionnels selon l'art. 4 LSFin peuvent renoncer à l'obligation d'information, de documentation et de responsabilité. La directive ESG de l'ASB ne contient actuellement aucune obligation concernant l'intégration de critères ESG dans la documentation relative aux produits,

comme par exemple les prospectus, les feuilles d'information de base ou les documents publicitaires (cf. art. 16).

Parallèlement à la directive ESG de l'ASB, l'ASB met également en vigueur une [directive pour les fournisseurs d'hy-po-thèques relatives à l'amélioration de l'efficacité énergétique des bâtiments](#).

## 6 Panorama

L'Ordonnance RC concrétise **l'obligation de rendre compte des questions climatiques** pour les grandes entreprises suisses.

Pour la **prévention et la lutte contre le Greenwashing**, en l'absence de bases légales spécifiques, le Département fédéral des finances a été chargé, en collaboration avec le Département fédéral de l'environnement, des transports et de l'énergie,

de préparer d'ici fin 2022 des propositions sur la manière dont le droit des marchés financiers pourrait ou devrait être adapté.

A partir de 2023, la directive ESG de l'ASB devra être respectée dans le cadre de l'autorégulation des banques pour les relations de conseil en placement et de gestion de fortune, selon laquelle les établissements membres devront tenir compte des préférences ESG vis-à-vis de leurs clients et respecter à cet égard les obligations d'information, de documentation et de responsabilité.

Compte tenu de la réglementation accrue en matière d'ESG, il est recommandé non seulement aux entreprises qui entrent dans le champ d'application de l'Ordonnance RC, mais aussi aux PME et notamment aux établissements financiers en général, de **se pencher davantage sur la mise en œuvre des obligations en matière de rapports climatiques, sur les rapports relatifs aux questions non financières en général ainsi que sur les mesures visant à empêcher le Greenwashing**.



**Tarek Houdrouge**  
Associé Genève  
tarek.houdrouge@swlegal.ch



**Caroline Clemetson**  
Associée Genève  
caroline.clemetson@swlegal.ch



**Dr. Olivier Favre**  
Associé Zurich  
olivier.favre@swlegal.ch



**Dr. Philippe Borens**  
Associé Zurich  
philippe.borens@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg