

| | |
|--|---|
| Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011 | Mise à jour Andreas Bucher 23.8.2018 |
|--|---|

Chapitre 10 Sociétés

Art. 150-165

Législation

Le Conseil fédéral a transmis aux Chambres fédérales son nouveau projet relatif au droit de la société anonyme (FF 2017 p. 625), accompagné du Message (n° 16.077, FF 2017 p. 353-624). Aucune des dispositions légales proposées ne porte sur le droit international privé. Sur certains points, des questions de droit international auraient pu être évoquées. Il ne serait pas sans intérêt de savoir, par exemple, si les nouvelles règles sur la transparence des entreprises de matières premières (art. 964a-e CO) s'appliquent uniquement aux sociétés constituées selon le droit suisse (principe de l'incorporation, art. 154 LDIP, sous réserve du cas d'un groupe au sens de l'art. 964a al. 3 CO), et non aux sociétés organisées selon un droit étranger alors qu'elles exercent leur activité à partir de la Suisse (et qu'aucun des rattachements spéciaux ne leur est applicable). On pourrait également se poser la question si la tenue d'une assemblée générale à l'étranger (art. 701b CO) ne devrait pas être subordonnée à l'observation de contraintes légales applicables, le cas échéant, sur le territoire du pays étranger choisi. Le Message note tout au moins qu'en fixant le ou les lieux de réunions à l'étranger, le conseil d'administration devra tenir compte du risque de créer ainsi un for à l'étranger (FF 2017 p. 504), risque auquel s'ajoute celui de la non-reconnaissance d'une décision étrangère en Suisse (art. 165) ; dans le cadre du champ d'application de la Convention de Lugano, la compétence exclusive de son art. 22 ch. 2 sera à observer. Une attention particulière devrait être portée à l'impact de mesures provisoires ou pré-provisoires prises à l'étranger et affectant, soit l'assemblée générale en entier, soit son déroulement détaché à l'étranger. Par ailleurs, il est proposé que les statuts puissent prévoir une procédure arbitrale, régie par les dispositions du CPC (art. 697n CO ; et de même pour la société coopérative : art. 797a CO) ; l'applicabilité des dispositions du chapitre 12 de la LDIP est exclue. Un régime similaire au sujet de l'élection de for n'est pas envisagé (cf. la critique de von der Crone/Angstmann, RSDA 2017 p. 19).

Un projet de règles de conflit de lois en vue d'un règlement de l'Union européenne a été présenté en 2016 par le Groupe européen de droit international privé (IPRax 2017 p. 321).

En seconde partie de la révision du droit de la société anonyme, les Chambres fédérales entendent aborder également le thème de l'initiative sur les entreprises responsables (Konzernverantwortungsinitiative) qui vise à introduire dans la Cst.féd. un art. 101a en ce sens :

Art. 101a Responsabilité des entreprises

¹ La Confédération prend des mesures pour que l'économie respecte davantage les droits de l'homme et l'environnement.

² La loi règle les obligations des entreprises qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal en Suisse, conformément aux principes suivants:

- a. les entreprises doivent respecter également à l'étranger les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales; elles doivent veiller à ce que ces droits et ces normes soient également respectés par les entreprises qu'elles contrôlent; les rapports effectifs déterminent si une entreprise en contrôle une autre; un contrôle peut de fait également être exercé par le biais d'un pouvoir économique;
- b. les entreprises sont tenues de faire preuve d'une diligence raisonnable; elles doivent notamment examiner quelles sont les répercussions effectives et potentielles sur les droits de l'homme internationalement reconnus et sur l'environnement, prendre des mesures appropriées en vue de prévenir toute violation des droits de l'homme internationalement reconnus et des normes environnementales internationales, mettre fin aux violations existantes et rendre compte des mesures prises; ces obligations s'appliquent aux entreprises contrôlées ainsi qu'à l'ensemble des relations d'affaires; l'étendue de cette diligence raisonnable est fonction des risques s'agissant des droits de l'homme et de l'environnement; lorsqu'il règle l'obligation de diligence raisonnable, le

législateur tient compte des besoins des petites et moyennes entreprises qui ne présentent de tels risques que dans une moindre mesure;

- c. les entreprises sont également responsables du dommage causé par les entreprises qu'elles contrôlent lorsque celles-ci violent des droits de l'homme internationalement reconnus ou des normes environnementales internationales dans l'accomplissement de leur activité; elles ne le sont pas au sens de la présente disposition si elles prouvent qu'elles ont fait preuve de toute la diligence prévue à la let. b pour prévenir le dommage ou que leur diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire;
- d. les dispositions édictées sur la base des principes définis aux let. a à c valent indépendamment du droit désigné par le droit international privé.

L'objectif politique qui anime le débat ces temps-ci consiste à opposer à l'initiative un contre-projet, dans l'espoir d'amener les auteurs de l'initiative à retirer celle-ci. Le contre-projet approuvé par le Conseil national dans sa séance du 14 juin 2018 contient une règle de conflit de lois dont la teneur est la suivante :

Art. 139a LDIP

g. Violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger

¹ En cas de prétentions, envers des sociétés tenues par le droit suisse de respecter les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger, en raison de dommages causés à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui ou à la propriété à l'étranger à la suite d'une violation des dispositions précitées, l'illicéité et la culpabilité sont appréciées sur la base de ces dispositions. Elles sont toutefois régies par le droit applicable au sens de l'art. 133 si cela conduit, en fonction du but des dispositions de ce droit et des conséquences qu'aurait leur application, à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit, ou s'il n'y a illicéité et culpabilité au regard de ce droit.

² Pour juger si une société qui a son siège en Suisse et contrôle en fait une société qui a son siège à l'étranger est considérée, dans le droit, comme responsable en cas de prétentions du même type, et si cette société peut être libérée d'une responsabilité, on tiendra compte du droit suisse.

³ L'art. 132 est réservé.

Art. 139a IPRG

g. Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland.

¹ Bei Ansprüchen gegen Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht zur Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verpflichtet sind, aufgrund von Schäden an Leib und Leben oder Eigentum im Ausland wegen Verletzung der genannten Bestimmungen beurteilen sich die Widerrechtlichkeit und die Schuldhaftigkeit des Verhaltens nach diesen Bestimmungen. Sie unterstehen jedoch dem aufgrund von Artikel 133 anzuwendenden Recht, wenn dies nach dem Zweck der Bestimmungen dieses Rechts und den sich daraus ergebenden Folgen zu einer nach schweizerischer Rechtsauffassung sachgerechten Entscheidung führt, oder wenn die Widerrechtlichkeit und die Schuldhaftigkeit des Verhaltens nur nach diesem Recht bestehen.

² Ob eine Gesellschaft mit Sitz in der Schweiz, die eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland tatsächlich kontrolliert, bei Ansprüchen von der genannten Art als haftpflichtige Person ins Recht gefasst werden und ob sie sich von einer Haftung befreien kann, beurteilt sich nach schweizerischem Recht.

³ Artikel 132 ist vorbehalten.

Les défauts de cette proposition, au niveau juridique et linguistique, sont nombreux. Rarement le Parlement était-il saisi d'un texte aussi médiocre, chargé de contradictions, répétitions inutiles, incompatibilités au regard de la LDIP, etc. Rédigé dans le style propre à la LDIP, on pourrait suggérer ceci :

¹ Les prétentions fondées sur une violation de dispositions de droit international sur les droits de l'homme [droits humains] et de l'environnement sont régies par le droit suisse

- a. si la responsabilité incombe à une société dont le siège, l'administration principale ou l'établissement est en Suisse ; ou
- b. si l'auteur du dommage réside habituellement en Suisse. (*)

² Pour juger si une société visée par l'alinéa précédent est responsable en raison du contrôle qu'elle exerce sur une société ayant son siège à l'étranger, le droit suisse est applicable.

³ Dans les cas non visés par les dispositions précédentes, la responsabilité d'une société fondée sur une violation de dispositions de droit international sur les droits de l'homme [droits humains] et de l'environnement est régie par le droit applicable à la société conformément à l'article 154.

¹ Ansprüche aus Verletzungen von Bestimmungen internationalen Recht zum Schutz von Menschenrechten und der Umwelt unterstehen dem schweizerischen Recht:

- a. wenn die Haftung eine Gesellschaft betrifft, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Zweigniederlassung sich in der Schweiz befindet; oder
- b. wenn der Schädiger seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. (*)

² Um zu bestimmen, ob eine nach dem vorstehenden Absatz betroffene Gesellschaft aufgrund der Kontrolle, die sie über eine Gesellschaft mit Sitz im Ausland ausübt, haftbar ist, ist schweizerisches Recht massgebend.

³ In den von den vorstehenden Absätzen nicht betroffenen Fällen gilt für die Haftung einer Gesellschaft aufgrund einer Verletzung internationalen Rechts über die Menschenrechte und die Umwelt das auf die Gesellschaft gemäss Art. 154 anwendbare Recht.

(*) Les Chambres fédérales ne sont pas saisies d'une proposition traitant des atteintes aux droits humains d'individus à l'étranger (mercenaires, djihadistes). Il n'y a cependant pas de raison de ne pas les soumettre à une rigueur comparable à celle appliquée aux sociétés.

La matière est présentement à l'examen devant la commission des affaires juridiques du Conseil des Etats.

Bibliographie

LDIP :

NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Etat de la pratique suisse, AJP 26 (2017) p. 1015-1023 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrevision, RSDA 89 (2017) p. 3-24 ; GREGOR GEISSER, Die Konzernverantwortungsinitiative, AJP 26 (2017) p. 943-961 ; PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, t. I : Teil IPR und Grundlagen, Berne 2012 ; PHILIPPE A. WEBER/ALESSANDRO STANCHIERI, Kotierung einer Schweizer Gesellschaft im Ausland, in Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XI, Zurich 2017, p. 195-228.

Union européenne :

JUSTIN BORG-BARTHET, A New Approach to the Governing Law of Companies in the EU: A Legislative Proposal, JPIL 6 (2010) p. 589-621 ; DOROTHEE EINSELE, Internationales Prospekthaftungsrecht, Kollisionsrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 20 (2012) p. 23-46 ; MARIA FONT I MAS, Las fundaciones en el derecho de la Unión europea, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 389-404 ; KLAUS J. HOPT/THOMAS VON HIPPEL, Die europäische Stiftung - Zum Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Stiftung (FE), ZEuP 21 (2013) p. 235-262 ; PETER JUNG, Cartesio – Irläufer im Koordinationssystem der Niederlassungsfreiheit, in Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 563-576 ; MICHEL MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés, 3^e éd. Paris 2011 ; PETER NOBEL, Internationales und Transnationales Aktienrecht, t. II : Teil Europarecht, Berne 2012 ; PASCHALIS PASCHALIDIS, Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations, Oxford 2012.

Droit international privé étranger et comparé :

PETER BEHRENS, Germany's Incremental Modernisation of Private International Company Law, in Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia, Liber amicorum Paolo Picone, Naples 2011, p. 597-614 ; IDEM, Connecting factors for the determination of the proper law of companies, in Festschrift für Ulrich Magnus, Munich 2014, p. 353-369 ; LEONHARD HÜBNER, Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus « nicht-privilegierten » Drittstaaten, Baden-Baden 2011 ; IDEM, Die Restgesellschaft der gelöschten Limited, IPRax 37 (2017) p. 575-580 ; DOMINIQUE JAKOB/MATTHIAS UHL, Die liechtensteinische Familienstiftung im Blick ausländischer Rechtsprechung, IPRax 32 (2012) p. 451-456 ; SEBASTIAN KOEHLER, Das Kollisionsrecht der Stiftungen aus Sicht des Internationalen Privat- und Verwaltungsrechts, Jena 2011 ; BENOIT LE BARS, Droit des sociétés et de l'arbitrage international, Pratique en droit de l'OHADA, Paris 2011 ; MATTHIAS LEHMANN, Verkehrsschutz im internationalen Gesellschaftsrecht, in Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift für Gerfried Fischer, Frankfurt a.M. 2010, p. 237-261 ; DOMINIK NIKOL, Die Auswirkungen der Nichtbeachtung englischer handelsrechtlicher Publizitätspflichten auf eine Private Company Limited by Shares mit Verwaltungssitz in Deutschland, Frankfurt a.M. 2013 ; PETER PRAST, Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen im Ausland, ZvGRW 111 (2012) p. 391-427, LJZ 33 (2012) p. 119-135 ; GÖTZ SCHULZE, Übertragung deutscher GmbH-Anteile in Zürich und Basel, IPRax 31 (2011) p. 365-370 ; REMBERT SÜSS/THOMAS WACHTER (éd.), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2^e éd. Bonn 2011 ; JOHANNES WEBER, Gesellschaftsrecht und Gläubigerschutz im Internationalen Zivilverfahrensrecht, Tübingen 2011 ; FRANKE WEDEMANN, Der Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 75 (2011) p. 541-580.

Jurisprudence récente

ATF 5.9.2016, 4A_368/2016, c. 2.3 et 2.4 (*application du droit allemand à la représentation d'une société allemande*)

ATF 14.4.2016, 4A_36/2016, c. 3.5 (*En vertu de l'art. 151 al. 2, le for au domicile ou à la résidence habituelle du défendeur est un for alternatif par rapport au for au siège de la société et il s'applique sans égard au fait que celle-ci soit étrangère ou suisse.*)

ATF 11.11.2015, 4A_603/2014, c. 3 (*responsabilité des membres du conseil d'administration ou de la direction de Flightlease AG et du SAirGroup régie par le droit suisse*)

ATF 9.11.2015, 4A_116/2015, 4A_118/2015, c. 3, non reproduit dans l'ATF 141 III 539 ss (*examen selon le droit anglais de la qualité de partie des membres de « Lloyd's Underwriters, London »*)

ATF 141 III 513 ss, sans le c. 4 de l'ATF 9.11.2015, 5A_963/2014 (*Atteinte à la personnalité d'une société suisse opérant dans le commerce des matières premières, commise par des déclarations dans les médias du président, habitant en Suisse, d'une société lettone, et portant sur le blocage d'une partie d'un port pétrolier sis en Lettonie. Statut délictuel régi par le droit suisse, la clause d'exception de l'art. 15 n'étant pas pertinente, sous réserve cependant de la question du devoir d'intervention du responsable de la société lettone, soumise au droit letton régissant celle-ci.*)

ATF 31.3.2014, 4A_548/2013, c. 2 (*fondation liechtensteinoise radiée du registre du commerce mais qui concerne sa personnalité juridique en vue de compléter sa liquidation et qui est représentée par un curateur, reconnu en Suisse*)

ATF 10.12.2013, 4A_329/2013, c. 3 (*statut de société déterminant pour un trust disposant d'une personnalité propre*)

ATF 17.7.2013, 4A_65/2013, c. 5 (*Droit saoudien applicable à l'action fondée sur une prétendue mauvaise gestion d'une société de droit saoudien réunissant le patrimoine successoral d'un défunt décédé en 1967*)

ATF 6.5.2013, 4A_27/2013, c. 2 (*La succursale suisse d'une société étrangère n'a pas la capacité d'être partie, qui revient à la société.*)

ATF 8.4.2013, 4A_258/2012 (*pouvoir de représentation de personnes gissant au nom de sociétés opérant dans le contexte du commerce extérieur de l'ancienne RDA et sous l'emprise du parti « SED », c. 3 ; les restrictions dudit pouvoir dès la mise en place de l'administration fiduciaire allemande en 1990 devaient être connues des tiers agissant avec la diligence requise, c. 5*)

ATF 139 III 236 ss, 237-239 (*Les effets d'une faillite sur l'exercice des droits civils d'une société étrangère sont régis par le droit régissant celle-ci.*)

ATF 138 III 714 ss, 720-726 (*La jouissance et la capacité d'une société étrangère d'être partie à un arbitrage international ayant son siège en Suisse relève de son statut personnel, dont le domaine d'application ne s'étend pas, cependant, à des restrictions plus spécifiques relatives à la capacité de se soumettre à un arbitrage et liées à la survenance d'un cas d'insolvabilité.*)

ATF 12.7.2012, 4A_45/2012, c. 3.2.1, Keytrade (*raison sociale régie par le droit suisse*)

ATF 26.4.2012, 5A_259/2010, c. 7.3.2.2, Rybolovlev, Sem.jud. 2012 I p. 453 (*La question du Durchgriff est examinée à l'aune du droit applicable à la société, l'application du droit Suisse étant cependant réservée dans le cas de mesures provisoires qui doivent être prises rapidement.*)

ATF 12.4.2012, 5A_436/2011, c. 9.3.2 (*L'application de la théorie de la transparence [Durchgriff] est régie par le droit qui régit le statut de la société dominée, sous réserve de l'ordre public suisse.*)

ATF 138 III 232 ss, 234-237, Usbekistan (*La réponse à la question de savoir si une entité relève de l'Etat ou constitue une personnalité juridique indépendante découle du droit applicable à celle-ci.*)

ATF 3.11.2011, 4A_274/2011, c. 5 (*fonds de placement étrangers*)

ATF 137 II 383 ss, 389-391 (*Une entreprise étrangère agissant en tant que négociant étranger au sens de l'art. 38 al. 1 lit. b OBVM doit demander l'autorisation de la FINMA avant de pouvoir requérir l'inscription d'une succursale en Suisse.*)

Handelsgericht SG, 18.1.2010, GVP-SG 2010 n° 108 p. 257 (*compétence au siège de la société en Suisse ; litige sur le transfert de la participation à une société étrangère déjà tranché par un tribunal hongrois*)

Tribunale d'appello TI, 18.6.2010, RtiD 2011 I n° 56c p. 758 (*capacité d'être partie d'une fondation du Liechtenstein*)

CJUE 27.4.2017, C-516/15 P, Nobel, n° 48-54 (*La notion d'entreprise, placée dans le contexte du droit de la concurrence de l'Union, doit être comprise comme désignant une unité économique même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le comportement infractionnel d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques. Il en est ainsi parce que, dans une telle situation, la société mère et sa filiale font partie d'une même unité économique et, partant, forment une seule entreprise, au sens du droit de la concurrence de l'Union. À ce sujet, dans le cas particulier où une société mère détient la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale ayant commis une infraction aux règles de concurrence de l'Union, il existe une présomption réfragable selon laquelle cette société mère exerce effectivement une influence*)

déterminante sur sa filiale.)

BGH 12.7.2011, RIW 2011 p. 800 (*application de la théorie de l'incorporation dans les relations entre les Etats membres de l'UE*)

Législation

UE : Proposition de la Commission de Règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne (FE), du 8.2.2012 (COM[2012]35). La proposition a été retirée par la Commission (JOUE 2015 C 80, p. 21).

Art. 161-164b

Bibliographie

LDIP :

RUDOLF BAK, Sitzverlegung ins Ausland gemäss Art. 163 IPRG, Praxisbeispiel Kanada, *Revue de l'avocat* 16 (2013) p. 78-81 ; JAN BOHRENKÄMPER, Transnationale Sitzverlegung und Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften im bilateralen Verhältnis Deutschland-Schweiz, Frankfurt a.M. 2013 ; JUDITH HUBATKA/ANDREA WERDER-STERN, Der Gläubigerschutz bei Emigrationstatbeständen unter FusG i.V.m. IPRG, *Reprax* 16 (2014) p. 1-31 ; EDGAR PHILIPPIN/MATHIEU CHÂTELAIN, Fusioni, scissioni, trasferimenti di patrimonio e di sede transfrontalieri, in *Aspetti patrimoniali e di esecuzione forzata nei rapporti transfrontalieri*, Lugano 2015, p. 3-44 ; PASCAL RÜEDI, Der örtliche und sachliche Anwendungsbereich des Schweizer Übernahmerechts, Berne 2011 ; MARINA SITTE, Cross-Border Vermögenübertragung aus Schweizer Sicht, Zurich 2016 ; FRANK VISCHER (éd.), *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2^e éd. Zurich 2012 ; ALEXANDER VOGEL *et al.*, *FusG, Kommentar, Fusionsgesetz*, 2^e éd. Zurich 2012, p. 629-677.

Union européenne :

THOMAS BACHNER/GEORG E. KODEK, Österreichische Umgründungen und englisches Kollisionsrecht, *ZfRV* 52 (2011) p. 19-30 ; MIROSLAWA MYZKE-NOWAKOWSKA, *The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies*, Cambridge 2014 ; SASA PRELIC/JERNEJA PROSTOR, Grenzüberschreitende Statutenwechsel und Änderung der rechtlichen Organisationsform der Gesellschaft in der EU, *ZfRV* 55 (2014) p. 27-36 ; MAX WESIACK, *Europäisches Internationales Vereinsrecht, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und Umwandlung im Lichte der Niederlassungsfreiheit und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts*, Tübingen 2011.

Droit international privé étranger et comparé

Jurisprudence récente

CJUE 25.10.2017, C-106/16, Polbud (*La liberté d'établissement est applicable au transfert du siège statutaire d'une société constituée en vertu du droit d'un Etat membre vers le territoire d'un autre Etat membre, aux fins de sa transformation, en conformité avec les conditions imposées par la législation de cet autre Etat membre, en une société relevant du droit de ce dernier Etat, sans déplacement du siège réel de ladite société et sans se voir imposer la liquidation de la première société.*)

CJUE 7.4.2016, C-483/14, KA Finanz AG, *IPRax* 2016 p. 589 (*Lors d'une fusion par absorption transfrontalière, la loi applicable au contrat d'emprunt conclu par la société absorbée est celle qui était applicable à ce contrat avant la fusion.*)

CJUE 12.7.2012, C-378/10, VALE, *Rev.crit.* 2013 p. 236 (*Transformation dans un Etat membre d'une société relevant du droit d'un autre Etat membre, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité.*)