

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 <sup>re</sup> éd. 2011	<b>Mise à jour</b> Andreas Bucher 8.04.2019
--	---

## 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. 964*a-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. 964*a* 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. 701*b* 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. 697*n* CO ; et de même pour la société coopérative : art. 797*a* 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. 101*a* en ce sens :

#### *Art. 101a Responsabilité des entreprises*

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

<sup>2</sup> 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.

*Art. 101a BV Verantwortung von Unternehmen*

<sup>1</sup>Der Bund trifft Massnahmen zur Stärkung der Respektierung der Menschenrechte und der Umwelt durch die Wirtschaft.

<sup>2</sup>Das Gesetz regelt die Pflichten der Unternehmen mit satzungsmässigem Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz nach folgenden Grundsätzen:

- a. Die Unternehmen haben auch im Ausland die international anerkannten Menschenrechte sowie die internationalen Umweltstandards zu respektieren; sie haben dafür zu sorgen, dass die international anerkannten Menschenrechte und die internationalen Umweltstandards auch von den durch sie kontrollierten Unternehmen respektiert werden; ob ein Unternehmen ein anderes kontrolliert, bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen; eine Kontrolle kann faktisch auch durch wirtschaftliche Machtausübung erfolgen;
- b. Die Unternehmen sind zu einer angemessenen Sorgfaltsprüfung verpflichtet; sie sind namentlich verpflichtet, die tatsächlichen und potenziellen Auswirkungen auf die international anerkannten Menschenrechte und die Umwelt zu ermitteln, geeignete Massnahmen zur Verhütung von Verletzungen international anerkannter Menschenrechte und internationaler Umweltstandards zu ergreifen, bestehende Verletzungen zu beenden und Rechenschaft über ergriffene Massnahmen abzulegen; diese Pflichten gelten in Bezug auf kontrollierte Unternehmen sowie auf sämtliche Geschäftsbeziehungen; der Umfang dieser Sorgfaltsprüfungen ist abhängig von den Risiken in den Bereichen Menschenrechte und Umwelt; bei der Regelung der Sorgfaltsprüfungspflicht nimmt der Gesetzgeber Rücksicht auf die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen, die geringe derartige Risiken aufweisen;
- c. Die Unternehmen haften auch für den Schaden, den durch sie kontrollierte Unternehmen aufgrund der Verletzung von international anerkannten Menschenrechten oder internationalen Umweltstandards in Ausübung ihrer geschäftlichen Verrichtung verursacht haben; sie haften dann nicht nach dieser Bestimmung, wenn sie beweisen, dass sie alle gebotene Sorgfalt gemäss Buchstabe b angewendet haben, um den Schaden zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre;
- d. Die gestützt auf die Grundsätze nach den Buchstaben a–c erlassenen Bestimmungen gelten unabhängig vom durch das internationale Privatrecht bezeichneten Recht.

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 14.6.2018 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> L'art. 132 est réservé.

*Art. 139a IPRG*

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Artikel 132 ist vorbehalten.

Les défauts de cette proposition, au niveau juridique et linguistique, sont nombreux. Rédigée dans le style propre à la LDIP, on pourrait suggérer ceci :

<sup>1</sup> 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. (\*)

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>1</sup> 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. (\*)

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

Le Conseil des Etats a été saisi par sa Commission des affaires juridiques d'un contre-projet adopté par celle-ci dans sa séance du 19.2.2019 et accompagné d'un communiqué de presse. Les dispositions topiques proposées par la Commission (dans sa majorité) au Conseil des Etats étaient les suivantes :

#### *Art. 139a LDIP*

g. Responsabilité pour les sociétés effectivement contrôlées en cas de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement à l'étranger

<sup>1</sup> Les prétentions envers une société dont le siège, l'administration centrale ou l'établissement principal se trouve en Suisse, à la suite de la violation, par une société étrangère effectivement contrôlée par elle, des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement au sens de l'art. 716a al. 6, CO, sont régies par le droit suisse.

#### *Art. 142 LDIP*

<sup>3</sup> En cas de prétentions liées à la violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup> al. 6 CO, les obligations de diligence prévues par le droit qui régit la société visée par l'action s'appliquent.

#### *Art. 55a CO*

II. Responsabilité pour les entreprises contrôlées effectivement

<sup>6</sup> La responsabilité de l'entreprise qui exerce le contrôle ne peut être engagée que si: a. l'entreprise à l'étranger contrôlée a été déclarée en faillite ou a obtenu un sursis concordataire, ou si b. il est rendu vraisemblable que l'exercice du droit à l'étranger contre l'entreprise contrôlée est sensiblement entravé par rapport à une action introduite en Suisse contre l'entreprise exerçant le contrôle, en particulier s'il est peu probable que la juridiction étrangère rende, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.

*Art. 716a<sup>bis</sup> al. 6 CO*

<sup>6</sup> Par dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger, on entend les dispositions reconnues sur le plan international et contraignantes pour la Suisse en la matière, qui doivent aussi, dans la mesure où elles s'y prêtent, être réalisées à l'égard d'entreprises.

*Art. 139a IPRG*

g. Haftung für tatsächlich kontrollierte Gesellschaften wegen Verletzung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland

<sup>1</sup> Ansprüche gegen eine Gesellschaft, deren Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung sich in der Schweiz befindet aus Verletzung von Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Sinne von Artikel 716a OR durch eine von ihr tatsächlich kontrollierte ausländische Gesellschaft unterstehen schweizerischem Recht.

*Art. 142 IPRG*

<sup>3</sup> Bei Ansprüchen im Zusammenhang mit der Verletzung von Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Sinne von Artikel 716a<sup>bis</sup> Absatz 6 OR sind die Sorgfaltsprüfungspflichten des Rechts zu berücksichtigen, dem die beklagte Gesellschaft untersteht.

*Art. 55a OR*

II. Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen

<sup>6</sup> Das kontrollierende Unternehmen kann erst dann belangt werden, wenn: a. das kontrollierte Unternehmen im Ausland in Konkurs geraten ist oder Nachlassstundung erhalten hat, oder b. glaubhaft gemacht wird, dass die Rechtsverfolgung im Ausland gegen das kontrollierte Unternehmen im Vergleich zur Klage in der Schweiz gegen das kontrollierende Unternehmen erheblich erschwert ist, insbesondere wenn nicht zu erwarten ist, dass ein ausländisches Gericht innert angemessener Frist eine Entscheidung fällt, die in der Schweiz anerkannt ist.

*Art. 716a<sup>bis</sup> Abs. 6 OR*

<sup>6</sup> Wo das Gesetz auf die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt auch im Ausland verweist, sind damit die entsprechenden für die Schweiz verbindlichen, international anerkannten Bestimmungen gemeint, soweit sie sich dazu eignen, auch gegenüber Unternehmen wirksam zu werden.

Dans sa séance du 12.3.2019, le Conseil des Etats a décidé, cependant, de ne pas entrer en matière sur ce projet, la matière étant ainsi renvoyée au Conseil national. Dans la même séance, il a voté en faveur de la proposition du Conseil fédéral de ne pas accepter l'initiative, dont le délai de traitement a été prolongé au 10.4.2020. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a traité de la question de l'entrée en matière dans sa séance du 5.4.2019, en s'exprimant également sur certains points clé des contre-projets. Le texte officiel, suivi du Communiqué, est le suivant :

Après que le Conseil des Etats n'était pas entré en matière, à la session de printemps, sur le contre-projet indirect à l'initiative pour des multinationales responsables (16.077, projet 2), la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé, par 15 voix contre 10, de maintenir l'entrée en matière sur ce contre-projet indirect. Une minorité souhaite proposer au Conseil national de se rallier au point de vue du Conseil des Etats et de ne pas entrer en matière sur le contre-projet.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) estime toujours que les objectifs de l'initiative sont justifiés sur le fond et qu'un contre-projet indirect devrait permettre le retrait de cette dernière. Elle craint qu'une campagne de votation ne sème la zizanie entre l'économie et la société. La CAJ-N souligne en outre que d'éminents représentants de l'économie sont favorables à un contre-projet indirect. Comme la commission n'avait à se prononcer, pour le moment, que sur la divergence créée au Conseil des Etats sur la question de l'entrée en matière, elle n'a pas pu procéder à la discussion par article du contre-projet indirect.

Néanmoins, elle s'est longuement penchée sur la façon dont ce contre-projet (16.077, projet 2) pourrait être développé et, à cet égard, elle a retenu les principes suivants:

- le contre-projet indirect ne doit pas nuire à l'économie et doit mener au retrait de l'initiative populaire;
- il doit globalement se fonder sur les projets de la CAJ-N et de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E);
- s'agissant du développement du contre-projet indirect, il faut notamment prendre en considération les points suivants:
  - la réglementation de la responsabilité selon les projets de la CAJ-N et de la CAJ-E doit être biffée. En lieu et place, on renverra aux dispositions générales applicables du droit civil relatives à la responsabilité. Ces dispositions relatives à la responsabilité doivent être décrites dans les documents préparatoires;
  - la clause de subsidiarité selon le projet de la CAJ-E doit être biffée;
  - la protection juridique doit être conçue de sorte qu'une procédure devant le Point de contact national (PCN) soit menée avant d'intenter des actions en responsabilité devant un tribunal. Les dispositions relatives au PCN doivent être adaptées en conséquence;
  - l'application du droit suisse à des faits étrangers doit être restreinte au strict nécessaire.

Une minorité souhaite que l'on n'abandonne pas entièrement la clause de subsidiarité, mais que l'on en réexamine l'objectif. Une autre minorité estime que, s'il est important de mener un débat politique sur la suite de la procédure, il est prématuré de s'exprimer en détail sur les principes relatifs au développement du contre-projet indirect.

Par 14 voix contre 7 et 2 abstentions, la commission recommande le rejet de l'initiative pour des multinationales responsables (17.060). Une minorité propose l'adoption de cette initiative populaire. Une autre minorité propose au Conseil national d'y opposer un contre-projet direct.

Nachdem der Ständerat in der Frühjahrsession auf den indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative (16.077, Entwurf 2) nicht eingetreten ist, hat die Kommission mit 15 zu 10 Stimmen beschlossen, am Eintreten auf den indirekten Gegenentwurf festzuhalten. Eine Minderheit möchte dem Nationalrat beantragen, dem Ständerat zu folgen und auf den Entwurf nicht einzutreten.

Die Kommission ist nach wie vor der Ansicht, dass die Anliegen der Initiative im Kern berechtigt sind und mit einem indirekten Gegenentwurf der Rückzug der Initiative ermöglicht werden sollte. Sie befürchtet, dass ein Abstimmungskampf einen Keil zwischen Wirtschaft und Gesellschaft schlagen könnte. Sie betont zudem, dass sich wichtige Exponenten der Wirtschaft einen indirekten Gegenentwurf wünschen. Da die Kommission zum jetzigen Zeitpunkt nur die zum Ständerat bestehende Differenz bezüglich der Frage des Eintretens zu beantworten hatte, konnte sie keine Detailberatung des indirekten Gegenentwurfs durchführen. Sie hat aber ausführlich darüber diskutiert, wie der indirekte Gegenentwurf (16.077, Entwurf 2) weiterentwickelt werden könnte und hat dabei folgende Grundsätze festgehalten:

- Der indirekte Gegenentwurf soll wirtschaftsfreundlich sein und zum Rückzug der Volksinitiative führen.
- Er soll grundsätzlich auf den Entwürfen der national- und ständerätlichen Kommissionen für Rechtsfragen (RK-N und RK-S) aufbauen.
- Bei der Weiterentwicklung des indirekten Gegenentwurfs soll es im Einzelnen namentlich um die folgenden Punkte gehen:
  - Die Haftungsregelung gemäss den Entwürfen der RK-N und RK-S sei zu streichen. Stattdessen sei auf die allgemeinen, ohnehin geltenden Haftungsbestimmungen des Zivilrechts zu verweisen. Diese Haftungsbestimmungen seien im Rahmen von Gesetzesmaterialien zu beschreiben.
  - Die Subsidiaritätsklausel gemäss dem Entwurf der RK-S sei zu streichen.
  - Der Rechtsschutz sei so auszugestalten, dass der gerichtlichen Geltendmachung von Haftungsansprüchen ein Verfahren vor dem Nationalen Kontaktpunkt (NKP) vorgeschaltet wird. Die Bestimmungen betreffend den NKP seien in geeigneter Weise anzupassen.
  - Die Anwendung schweizerischen Rechts auf ausländische Sachverhalte sei auf das erforderliche

Mass zu beschränken.

Eine Minderheit möchte, dass auf die Subsidiaritätsklausel nicht gänzlich verzichtet wird, sondern deren Sinn und Zweck zu überprüfen sei. Eine weitere Minderheit betont, dass die politische Diskussion über das weitere Vorgehen wichtig sei, erachtet es aber als verfrüht, sich zum jetzigen Zeitpunkt schon im Detail zu den Grundsätzen der Weiterentwicklung des indirekten Gegenentwurfs zu äussern.

Die Konzernverantwortungsinitiative (17.060) empfiehlt die Kommission mit 14 zu 7 Stimmen bei 2 Enthaltungen zur Ablehnung. Eine Minderheit beantragt die Annahme der Volksinitiative. Eine weitere Minderheit beantragt dem Nationalrat einen direkten Gegenentwurf zur Volksinitiative.

Le choix d'entrer en matière sera soumis au Conseil national lors de sa prochaine séance plénière. Si l'entrée en matière est alors refusée, contrairement à l'avis de la Commission, l'affaire est close, compte tenu de la concordance de vues entre les deux Conseils. Si, en revanche, l'entrée en matière est confirmée, l'objet retourne au Conseil des Etats.

Dans un domaine particulier, le commerce de l'or, la question du respect des droits de l'homme par les acteurs suisses à l'étranger a été soulevée par le postulat Recordon (n° 15.3877) du 21.9.2015 dont la teneur est la suivante : « Le Conseil fédéral est chargé de rédiger un rapport faisant le point sur le commerce de l'or produit en violation des droits humains, dans la mesure où il touche notre pays, et d'examiner toute la gamme des mesures qui pourraient être prises, en Suisse, pour mettre un terme à cette situation ». Dans son rapport du 14.11.2018, le Conseil fédéral constate que « les activités des entreprises au sein de la chaîne de valeur de l'or sont susceptibles d'avoir des impacts sur un large éventail de droits de l'homme » (ch. 3.3). Il observe encore : « A l'heure actuelle, il peut en principe être légal, même si pas opportun, pour une raffinerie suisse de s'approvisionner en or issu de production ne respectant pas les minima sociaux et environnementaux, pour autant que cette production soit considérée comme légale dans le pays de production. » (ch. 3.4). « Les Codes pénal et civil permettent en théorie d'empêcher que de l'or produit en violation des droits de l'homme ne soit importé en Suisse, pour autant qu'une non-conformité résulte en une responsabilité civile ou pénale. A ce jour, aucun cas de ce genre n'a été reconnu. » (ch. 3.4) Pour le Conseil fédéral, « les entreprises doivent assumer leurs responsabilités de respecter les droits de l'homme (deuxième pilier des principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et chapitre consacré aux droits de l'homme des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales) ». (ch. 3.6) La base légale suisse permet d'assurer que l'or traité par les raffineurs n'est pas de provenance frauduleuse, mais elle ne comporte pas de dispositions explicites relatives au respect des droits de l'homme. (ch. 3.8). Dans ses recommandations, le Conseil fédéral met l'accent sur l'amélioration de la récolte et de la publication d'informations relatives à l'origine de l'or importé en Suisse, ainsi que de la transparence relative aux analyses de risques menées par l'industrie et aux procédures de diligence raisonnable qui en découlent, la diffusion de bonnes pratiques, insistant enfin sur le dialogue multipartite. On n'y trouve aucune conclusion relative aux stratégies de prévention à adopter par les acteurs du commerce de l'or, ainsi qu'au sujet de leur responsabilité à l'égard des traitements dirigés à l'étranger en violation des droits de l'homme.

Il conviendra de s'intéresser également aux développements se précisant au plan international et dans certains pays étrangers.

On mentionnera tout d'abord le « Zéro-Projet sur les activités des sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme » (“Zero-Draft on the Activities of Transnational Corporations and Business Enterprises and Human Rights”) présenté par un group de travail au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies à Genève en date du 16.7.2018. Ce texte est destiné aux sociétés et entreprises réalisant des « activités transnationales » (art. 3). L'art. 5 sur la compétence a la teneur suivante :

1. Jurisdiction, with respect to actions brought by an individual or group of individuals, independently of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result in violations of human rights covered under this Convention, shall vest in the court of the State where:
  - a. such acts or omissions occurred or;
  - b. the Court of the State where the natural or legal person or association of natural or legal persons

- alleged to have committed the acts or omissions are domiciled.
2. A legal person or association of natural or legal persons is considered domiciled at the place where it has its:
    - a. statutory seat, or
    - b. central administration, or
    - c. substantial business interest, or
    - d. subsidiary, agency, instrumentality, branch, representative office or the like.
  3. Where a claim is submitted on behalf of an individual or group of individuals, this shall be with their consent unless the claimant can justify acting on their behalf without consent.

Selon l'art. 10(6), la responsabilité de droit civil suit les critères suivants :

6. All persons with business activities of a transnational character shall be liable for harm caused by violations of human rights arising in the context of their business activities, including throughout their operations:
  - a. to the extent it exercises control over the operations, or
  - b. to the extent it exhibits a sufficiently close relation with its subsidiary or entity in its supply chain and where there is strong and direct connection between its conduct and the wrong suffered by the victim, or
  - c. to the extent risk have been foreseen or should have been foreseen of human rights violations within its chain of economic activity.

L'avant-projet a fait l'objet d'un premier débat lors de la quatrième session du Groupe de travail intergouvernemental à composition non limitée sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme (A/HRC/40/48, 2.1.2019). On projet révisé devrait être préparé pour la cinquième session dudit Groupe.

En parallèle aux travaux du Conseil des droits de l'homme se présente le projet « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration » (BHR) mis au point par le « Center for International Legal Cooperation » (CILC) à La Haye. Ce projet vise à rendre disponible un moyen complémentaire de résolution des litiges résultant des activités en matière d'affaires commerciales transnationales ayant un effet offensant aux droits de l'homme. Un premier projet a été mis en consultation et se trouve au stade de la révision.

On mentionnera enfin le projet allemand d'un « Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz » (NaWKG - 1.2.2019) (« loi sur les chaînes de production de valeurs durables »). Ce projet contient un grand nombre de dispositions réglant le devoir de vigilance ou de précaution des grandes entreprises. Ce devoir porte sur les droits de l'homme reconnus internationalement (suivant la liste de l'annex), le respect des exigences fondamentales de protection de l'environnement ainsi que la prévention d'atteintes durables aux composants de l'environnement (§ 3 ch. 1, 8, 9, § 4). Selon le paragraphe 15, relatif à la responsabilité civile, qualifié de « Eingriffsnorm », les prétentions de droit non contractuel sont fondées impérativement sur les devoirs de vigilance définis dans la loi et sans considération du droit applicable selon le droit international privé aux rapports non contractuels.

## **Bibliographie**

### *LDIP :*

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.

### *Révision du droit de la société anonyme :*

HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrevision, RSDA 89 (2017) p. 3-24 ; HANS-UELI VOGT *et al.*, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zurich 2019.

### *Initiative sur les entreprises responsables :*

PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Zur „Konzernverantwortungsinitiative“: rechtliche Überlegung zu den vier Forderungen der Eidgenössischen Volksinitiative „Für verantwortungsvolle Unternehmen zum Schutz von Mensch und Umwelt“, Zurich 2018 ; NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'homme, Etat de la pratique suisse, AJP 26 (2017) p. 1015-1023 ; GREGOR GEISSER, Die Konzernverantwortungsinitiative, AJP 26 (2017) p. 943-961.

### *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 – Irrläufer 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<sup>e</sup> 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, ZvglRW 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<sup>e</sup> 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 Vermögensübertragung aus Schweizer Sicht, Zurich 2016 ; FRANK VISCHER (éd.), Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz, 2<sup>e</sup> éd. Zurich 2012 ; ALEXANDER VOGEL *et al.*, FusG, Kommentar, Fusionsgesetz, 2<sup>e</sup> 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 MYSZKE-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 Gesell-

schaft 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, IPRax 2018 p. 266 (*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.*)