

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 10.9.2019
--	---

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. 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 ; Swiss Responsible Business Initiative) 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.

Art. 101a BV Verantwortung von Unternehmen

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

²Das 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

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.

¹Bei 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. Rédigée 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.

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

¹ 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

³ 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^{bis} 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

⁶ 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^{bis} al. 6 CO

⁶ 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

¹ 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

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

Art. 55a OR

II. Haftung für tatsächlich kontrollierte Unternehmen

⁶ 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^{bis} Abs. 6 OR

⁶ 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 a été soumis au Conseil national lors de sa session d'été (13.6.2019). Suivant l'avis de la Commission, l'entrée en matière a été confirmée, et le débat interrompue jusqu'à ce que l'initiative et le contre-projet puissent être examinés ensemble, ce qui ne pourra se faire que si le Conseil des Etats, auquel l'objet est retourné, revienne sur son refus d'entrer en matière.

La question était agencée pour les séances de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats des 12 août et 3 septembre 2019. Elle sera donc à l'ordre du jour de la session d'automne du Conseil des Etats. A la suite de sa réunion du 12 août, la Commission a publié le communiqué que voici :

Alors que, le 12 mars 2019, le Conseil des Etats avait décidé de ne pas entrer en matière sur le contre-projet indirect (16.077, projet 2) à l'initiative pour des multinationales responsables (17.060), le 13 juin 2019, le Conseil national a maintenu sa décision d'entrer en matière. Par 7 voix contre 4 et 1 abstention, la commission se rallie à présent au Conseil national et propose ainsi pour la deuxième fois à son conseil d'entrer en matière sur le contre-projet indirect. Une minorité propose de ne pas entrer en matière.

La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) souhaite achever l'examen par article du contre-projet indirect à sa prochaine séance et soumettre ses propositions à son conseil lors de la session d'automne. Dans son communiqué de presse du 5 avril 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a présenté une série de principes importants à ses yeux pour la suite des délibérations et l'élaboration du projet. La CAJ-E examinera ces aspects dans le cadre de l'examen par article. Elle a déjà pris connaissance d'un rapport de l'Institut suisse de droit comparé sur la situation juridique en Europe en matière de responsabilité de l'employeur pour les entreprises contrôlées.

Nachdem der Ständerat am 12. März 2019 auf den indirekten Gegenentwurf (16.077, Entwurf 2) zur Konzernverantwortungsinitiative (17.060) nicht eingetreten ist, hat der Nationalrat am 13. Juni 2019 entschieden, am Eintreten festzuhalten. Die Kommission folgt nun mit 7 zu 4 Stimmen bei 1 Enthaltung dem Nationalrat und beantragt ihrem Rat damit zum zweiten Mal, auf den indirekten Gegenentwurf einzutreten. Eine Minderheit beantragt Nicht-eintreten.

Die Kommission möchte an ihrer nächsten Sitzung die Detailberatung des indirekten Gegenentwurfs abschliessen und dem Ständerat in der Herbstsession ihre Anträge unterbreiten. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat in ihrer Medienmitteilung vom 5. April 2019 eine Reihe von Prinzipien festgehalten, die ihrer Ansicht nach für die weitere Beratung und Entwicklung der Vorlage wichtig sind. Die Kommission wird diese Aspekte im Rahmen der Detailberatung prüfen. Sie hat bereits ein rechtsvergleichendes Gutachten des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung über die Rechtslage in Europa im Hinblick auf die Geschäftsherrenhaftung für kontrollierte Unternehmen zur Kenntnis genommen.

Dans sa séance hebdomadaire du 14 août, le Conseil fédéral a confirmé sa position hostile à l'initiative et à tout contre-projet de loi prévoyant une responsabilité des entreprises en cas de violation des droits de l'homme et des normes environnementales. Voici le communiqué :

Le Conseil fédéral entend que les entreprises suisses rendent compte du respect des droits humains et des normes environnementales à l'étranger. Lors de sa séance du 14 août 2019, il a confirmé sa position et habilité le Département fédéral de justice et police (DFJP) à défendre ce point de vue lors des délibérations parlementaires relatives au contre-projet indirect à l'initiative pour des multinationales responsables.

Le Conseil fédéral accorde une grande importance au respect des droits humains et à la protection de l'environnement. Il en a fait des objectifs permanents et prioritaires de son programme de la législature 2015–2019. Comme il l'a affirmé dans son message du 15 septembre 2017 relatif à l'initiative populaire "Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement", il soutient les objectifs principaux que poursuit celle-ci. Il estime toutefois pour différentes raisons, notamment à cause des clauses de responsabilité qu'elle exige, que l'initiative va trop loin.

L'initiative populaire dite pour des multinationales responsables est actuellement traitée par le Parlement. Si le Conseil des Etats l'a rejetée, le Conseil national ne s'est pas encore prononcé à son sujet, mais a rédigé un contre-projet indirect. Il entend, comme le prévoit l'initiative, instaurer un devoir de diligence général et une clause de responsabilité pour les entreprises suisses et leurs filiales à l'étranger qui s'appliqueraient en cas de violation des dispositions sur les droits humains et sur la protection de l'environnement. Cette clause de responsabilité légèrement atténuée va également trop loin de l'avis du Conseil fédéral. Comme l'initiative populaire, elle nuirait clairement à la place économique suisse.

Obligation de rendre compte dans les domaines des droits humains et de la protection de l'environnement

Le Conseil fédéral reconnaît dans son message relatif à l'initiative populaire la nécessité d'agir dans les domaines

des droits humains et de l'environnement pour ce qui est des activités des entreprises suisses à l'étranger. Comme il l'a précisé dans le message, il mise en premier lieu sur l'application systématique des divers instruments existants. Il estime que les trois plans d'action déjà adoptés satisfont dans une large mesure aux objectifs centraux de l'initiative. Il a en outre annoncé dans le message qu'il prévoyait d'élaborer en temps utile un projet à mettre en consultation sur l'établissement de rapports de durabilité "inspiré de la réglementation de l'UE" et qui tienne compte des modalités de mise en œuvre prévues par les États membres de l'UE.

Lors de sa séance du 14 août 2019, le Conseil fédéral a confirmé cette intention et habilité le DFJP à s'engager, lors du débat parlementaire relatif au contre-projet indirect à l'initiative, pour un projet qui oblige les entreprises à présenter des rapports de durabilité portant sur le respect des droits humains et des normes environnementales, mais qui n'instaure pas de clauses de responsabilité allant au-delà des réglementations en vigueur. Le Conseil fédéral est d'avis que les entreprises doivent pouvoir renoncer à rendre compte dans certains cas si elles motivent leur démarche (selon le principe "appliquer ou expliquer"). L'obligation de rendre compte concernerait les entreprises employant plus de 500 personnes. Cette solution serait analogue aux règles prévalant dans l'UE. Le DFJP est en outre chargé d'examiner s'il est judicieux et nécessaire d'étendre le devoir de diligence aux domaines "travail des enfants" et "minéraux provenant de zones de conflit".

Si, lors de la session d'automne, le Conseil des États n'adopte pas de contre-projet indirect englobant les aspects mentionnés, le DFJP préparera sur mandat du Conseil fédéral un projet législatif destiné à la consultation correspondant à la directive de l'UE.

Der Bundesrat will, dass Schweizer Unternehmen über die Einhaltung der Menschenrechte und der Umweltschutzstandards im Ausland berichten müssen. In seiner Sitzung vom 14. August 2019 hat er damit seine frühere Absicht bekräftigt und das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) ermächtigt, diese Haltung in der parlamentarischen Beratung zum indirekten Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative zu vertreten.

Der Bundesrat räumt der Einhaltung der Menschenrechte und dem Schutz der Umwelt einen hohen Stellenwert ein. Bereits in seiner Legislaturplanung 2016-2019 hat er beide Themenbereiche als ständige und prioritäre Ziele definiert. Wie er am 15. September 2017 in seiner Botschaft zur Volksinitiative "Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt" festgehalten hat, unterstützt er deren Kernanliegen. Hingegen geht ihm das Volksbegehren aus verschiedenen Gründen zu weit, unter anderem aufgrund der geforderten Haftungsregeln.

Die sogenannte Konzernverantwortungsinitiative wird derzeit vom Parlament beraten. Der Ständerat lehnt sie ab, der Nationalrat hat sich noch nicht dazu geäußert. Allerdings hat der Nationalrat einen indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative ausgearbeitet. Ähnlich wie dies die Volksinitiative verlangt, möchte er eine generelle Sorgfaltsprüfungspflicht und gesetzliche Haftungsnorm für Schweizer Unternehmen und ihre ausländischen Tochtergesellschaften bei Verletzung von Menschenrechts- und Umweltschutzbestimmungen einführen. Auch diese leicht abgeschwächte Haftungsregel geht dem Bundesrat zu weit. Sie würde wie die Volksinitiative den Wirtschaftsstandort Schweiz klar benachteiligen.

BERICHTERSTATTUNGSPFLICHT IN DEN BEREICHEN MENSCHENRECHTE UND UMWELTSCHUTZ

Der Bundesrat anerkennt, dass bei der Einhaltung von Menschenrechten und beim Umweltschutz für Schweizer Unternehmen im Ausland Handlungsbedarf besteht. Wie er in der Botschaft zur Volksinitiative festgehalten hat, gilt es dabei aber in erster Linie die bereits existierenden, vielfältigen Instrumente konsequent umzusetzen. Mittels dreier beschlossener Aktionspläne werden die zentralen Anliegen der Initiative "Für verantwortungsvolle Unternehmen" nach Ansicht des Bundesrates weitgehend abgedeckt. In der Botschaft hat er zudem angekündigt, dass er beabsichtigt, zu gegebener Zeit eine Vernehmlassungsvorlage zur Nachhaltigkeitsberichterstattung auszuarbeiten, "die sich an der EU-Richtlinie orientiert". Dies unter Berücksichtigung der Umsetzungsmassnahmen in den EU-Mitgliedstaaten.

In seiner Sitzung vom 14. August 2019 hat der Bundesrat nun diese Absicht bekräftigt und das EJPD beauftragt, sich in der parlamentarischen Debatte zum indirekten Gegenvorschlag für eine Vorlage einzusetzen, welche die Pflicht zur Nachhaltigkeitsberichterstattung über die Achtung der Menschenrechte und den Umweltschutz beinhaltet, jedoch keine Haftungsregeln, die über die heute geltenden Regeln hinausgehen. Nach Ansicht des Bundesrats soll es Unternehmen möglich sein, auf die Berichterstattung über einzelne Belange zu verzichten, sofern sie erklären, warum dies der Fall ist ("comply or explain"-Ansatz). Zudem soll die Pflicht zur Berichterstattung für grössere Unternehmen mit über 500 Mitarbeitenden gelten. Diese Lösung würde den in der EU geltenden Regelungen entsprechen. Weiter soll das EJPD prüfen, ob in den Bereichen "Kinderarbeit" und "Konfliktminerale" zusätzlich die Einführung einer Sorgfaltsprüfungspflicht sinnvoll und nötig ist.

Für den Fall, dass der Ständerat in der Herbstsession keinen indirekten Gegenvorschlag beschliesst, welcher diese Anliegen aufnimmt, hat der Bundesrat das EJPD ermächtigt, ihm eine Vernehmlassungsvorlage entsprechend der EU-Richtlinie zu unterbreiten.

Dans sa séance du 3.9.2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a décidé de donner

suite à l'élaboration d'un contre-projet à l'initiative, expliquant dans un communiqué ceci :

Lors de sa séance du jour, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) a achevé le traitement par article du contre-projet indirect à l'initiative pour des multinationales responsables (16.077, projet 2). La commission était déjà entrée en matière lors de sa séance du 12 août 2019. Par 7 voix contre 5 et 1 abstention, la commission propose d'accepter le projet au vote sur l'ensemble.

La commission soutient par 8 voix contre 5 un contre-projet qui contient une responsabilité civile des entreprises. Une minorité propose de biffer les clauses de responsabilité et de se limiter à un devoir de diligence et de communication dans un rapport. Conformément à la version du Conseil national, la commission renonce à proposer une règle de subsidiarité par 7 voix contre 6. Une minorité propose de l'introduire. Elle est d'avis que les demandeurs doivent mener une action dans le pays concerné contre les filiales sises à l'étranger pour autant que cela soit raisonnable.

Par 7 voix contre 2 et 4 abstentions, la commission propose d'introduire une procédure de conciliation spéciale afin de traiter des litiges résultant de prétentions envers une entreprise découlant de la responsabilité civile prévue par le contre-projet indirect. La commission propose le Point de contact pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales (PCN) comme autorité de conciliation spéciale compétente. La commission a introduit cette nouvelle procédure de conciliation avec le but de restreindre l'accès aux tribunaux et donc d'éviter une augmentation du nombre de procédures judiciaires.

L'objet sera traité par le Conseil des Etats lors de la prochaine session d'automne.

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) hat an ihrer Sitzung die Detailberatung des indirekten Gegenentwurfs zur Konzernverantwortungsinitiative (16.077, Entwurf 2) abgeschlossen, auf den sie bereits an ihrer Sitzung vom 12. August 2019 eingetreten war. Sie beantragt mit 7 zu 5 Stimmen bei 1 Enthaltung, den Gegenentwurf in der Gesamtabstimmung anzunehmen.

Die Kommission unterstützt mit 8 zu 5 Stimmen einen Gegenentwurf, der eine zivilrechtliche Haftung von Unternehmen vorsieht. Die Minderheit beantragt, die Haftungsbestimmungen zu streichen und sich auf die Pflicht zur Sorgfaltsprüfung und Berichterstattung zu beschränken. Mit 7 zu 6 Stimmen verzichtet die RK-S wie der Nationalrat darauf, eine Subsidiaritätsregelung zu beantragen. Die Minderheit beantragt deren Einführung. Sie ist der Auffassung, dass die Kläger soweit zumutbar im Ausland gegen die Tochtergesellschaften vorgehen sollen.

Mit 7 zu 2 Stimmen bei 4 Enthaltungen beantragt die Kommission, ein Sonderschlichtungsverfahren einzuführen. Damit sollen Streitigkeiten aus Ansprüchen gegenüber einem Unternehmen, die sich aus der im indirekten Gegenentwurf vorgesehenen zivilrechtlichen Haftung ergeben, beigelegt werden. Die Kommission schlägt den Nationalen Kontaktpunkt (NKP) für die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen als zuständige Sonderschlichtungsbehörde vor. Die Kommission hat dieses neue Schlichtungsverfahren eingeführt, um den Zugang zu den Gerichten einzuschränken und somit eine Zunahme der Gerichtsverfahren zu verhindern.

Das Geschäft wird in der kommenden Herbstsession im Ständerat behandelt.

Les propositions de la majorité de la Commission se présentent, pour l'essentiel, de la manière suivante :

Art. 55a CO

II. Responsabilité pour les entreprises contrôlées effectivement

¹ Les entreprises légalement tenues de respecter les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger, répondent des dommages que des entreprises qu'elles contrôlent effectivement ont causé, dans l'exercice de leur activité professionnelle ou commerciale, à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui ou à la propriété à l'étranger, en violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement.

² Les entreprises ne répondent d'aucun dommage si elles apportent la preuve qu'elles ont pris les mesures prévues à l'art. 716a^{bis} pour empêcher un dommage de ce type ou qu'elles ne pouvaient pas influencer le comportement de l'entreprise contrôlée concernée par lesdites violations légales.

³ Une entreprise est réputée contrôler effectivement une autre entreprise si elle satisfait à l'une des conditions suivantes:

1. elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême;
2. elle a désigné ou révoqué, directement ou indirectement, la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration;
3. elle exerce une influence dominante en vertu des statuts, de l'acte de fondation, d'un contrat ou d'instruments analogues; la dépendance économique ne signifie pas à elle seule que le contrôle est effectivement exercé.

⁴ Cette disposition ne fonde pas une responsabilité pour le comportement de tiers avec lesquels l'entreprise ou une entreprise qu'elle contrôle entretient une relation d'affaires.

⁵ Les personnes lésées à l'étranger ne peuvent pas invoquer la présente disposition pour réclamer des dommages

des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration ou de toutes les personnes qui s'occupent de la gestion de la société.

Art. 716a^{bis} CO

2a. Respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger

¹ Le conseil d'administration prend des mesures pour garantir que la société respecte aussi à l'étranger les dispositions déterminantes dans ses domaines d'activité relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement (devoir de diligence). En l'espèce, le conseil d'administration a les obligations suivantes:

1. Il identifie les conséquences potentielles et effectives de l'activité de la société sur les droits de l'homme et l'environnement et les évalue.
2. En tenant compte des possibilités d'influence de la société, il met en œuvre des mesures visant à réduire les risques constatés et à réparer les violations.
3. Il surveille l'efficacité des mesures.
4. Il rend compte de l'exécution des obligations prévues aux ch. 1 à 3.

² Cette diligence porte également sur les conséquences de l'activité de sociétés contrôlées et de relations avec des partenaires commerciaux ou d'autres personnes ou institutions, qu'elles soient privées ou étatiques. La diligence se limite alors aux conséquences qui sont directement liées à l'activité, aux produits ou aux services de l'entreprise.

^{2bis} Le conseil d'administration se penche en priorité sur les conséquences les plus graves sur les droits de l'homme et l'environnement. Il veille au principe de l'adéquation

³ Cet article s'applique aux sociétés qui, au cours de deux exercices consécutifs, dépassent, à elles seules ou conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères contrôlées par elles, deux des valeurs suivantes:

- a. total du bilan: 40 millions de francs;
- b. chiffre d'affaires: 80 millions de francs;
- c. effectif: 500 emplois à plein temps en moyenne annuelle.

⁴ Il s'applique aussi aux sociétés dont l'activité à l'étranger représente un risque particulièrement élevé de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. Il ne s'applique pas aux sociétés dont l'activité représente un risque particulièrement faible. Le Conseil fédéral édicte des dispositions d'application en la matière.

⁵ Si cet article s'applique déjà à l'entreprise qui exerce le contrôle, il n'est pas applicable à l'entreprise contrôlée. À l'exception de l'obligation de rendre compte, à laquelle est soumise l'entreprise exerçant le contrôle, cet article s'applique toutefois aux entreprises:

1. qui dépassent, conjointement avec la ou les entreprises étrangères qu'elles contrôlent, les valeurs seuils fixées à l'al. 3 et dont les activités ont un lien étroit avec ces entreprises étrangères, ou
2. lorsque les activités des entreprises étrangères qu'elles contrôlent représentent un risque particulier au sens de l'al. 4.

⁶ 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.

⁷ La responsabilité de la société pour les dommages que des entreprises qu'elle contrôle effectivement ont causés en raison d'une violation des obligations prévues par le présent article est régie exclusivement par l'art. 55a. Est exclue toute responsabilité de la société pour les dommages causés par des tiers avec lesquels la société ou une entreprise qu'elle contrôle entretient une relation d'affaires.

A. Publication du rapport sur le devoir de diligence

Art. 961^e CO

Le rapport au sens de l'art. 716abis, al. 1, ch. 4, est rendu public.

B. Contrôle du rapport

Art. 961f CO

¹ L'entreprise peut faire contrôler et confirmer par un expert-réviseur agréé le rapport au sens de l'art. 716abis, al. 1, ch. 4.

² L'expert-réviseur agréé vérifie s'il existe des faits dont il résulte que l'établissement de ce rapport n'est pas conforme aux dispositions légales.

^{2bis} Le tribunal tient compte de cette confirmation lorsqu'il statue sur une action au sens de l'art. 55a.

³ Les art. 729 et 730b s'appliquent par analogie.

1a. Code de procédure civile du 19 décembre 2008

Art. 3

² Une autorité de conciliation spéciale est compétente pour la procédure de conciliation visée à l'art. 212a. Le

Conseil fédéral désigne à cet effet le Point de contact national pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des multinationales (PCN). Celui-ci accomplit ses missions en tant que commission indépendante. Le Conseil fédéral règle l'organisation de l'autorité de conciliation et sa surveillance.

Chapitre 5: Procédure de conciliation en cas de litiges relevant de l'art. 55a CO

Art. 212a Principe

Les litiges relevant de l'art. 55a CO sont soumis à une procédure de conciliation devant l'autorité de conciliation spéciale désignée à l'art. 3, al. 2. L'art. 198, let. f, n'est pas applicable.

Art. 212b Procédure

¹ La requête de conciliation doit être déposée auprès de l'autorité de conciliation visée à l'art. 3, al. 2.

² Après réception de la requête, l'autorité de conciliation prend les mesures qui s'imposent pour servir d'intermédiaire aux parties et les concilier.

³ A la requête de toutes les parties et indépendamment de la valeur litigieuse, elle peut émettre une proposition de jugement. L'art. 212 n'est pas applicable.

⁴ Les art. 201 à 209 sont applicables par analogie. Au surplus, le Conseil fédéral règle les détails de la procédure devant l'autorité de conciliation; il définit notamment la procédure de nomination des membres de l'autorité de conciliation et fixe le tarif.

2. Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international privé

Art. 139a

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

¹ 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^{bis}, al. 6, CO, sont régies par le droit suisse.

Art. 142

4. Domaine du droit applicable

³ 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^{bis}, al. 6, CO, les obligations de diligence prévues par le droit qui régit la société visée par l'action s'appliquent.

La *minorité* propose de biffer la plupart des dispositions du projet de la majorité, y incluses les règles insérées au CPC et à la LDIP.

L'objet figure à l'ordre du jour du Conseil des Etats le 26.9.2019.

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). Un projet révisé devrait être préparé pour la cinquième session dudit Groupe.

L'addendum de ce dernier rapport contient les prises de position des Etats, telle la Suisse, constatant notamment ceci : « La Suisse reste sceptique et ne participe pas à la négociation de ce traité international. Néanmoins, la Suisse note que le projet contient quelques améliorations par rapport aux éléments discutés lors de la troisième session. Le projet de traité réaffirme en particulier que l'obligation primaire de protéger les droits de l'homme revient aux Etats. L'ambiguïté contenue dans les éléments présentés l'an dernier concernant les rôles respectifs des Etats et des entreprises serait donc levée. ... La Suisse souhaite rappeler que les Principes directeurs des Nations Unies ont été adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme en 2011. Ceux-ci décrivent les responsabilités et les prérogatives respectives des États et des entreprises dans la prévention et l'atténuation des risques en matière de droits de l'homme et sont devenus depuis la référence commune de toutes les parties prenantes. » (A/HRC40/48/Add.1, p. 24).

D'autres rapports du Groupe de travail portent sur la 7^e session du Forum sur les entreprises et les droits de l'homme (1.5.2019, A/HRC/41/49) et sur la Prise en compte des questions de genre dans les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (23.5.2019, A/HRC/41/43).

Le projet révisé du 16.7.2019, intitulé « OEIGWG CHAIRMANSHIP REVISED DRAFT » [Open-ended in-

tergovernmental working group] constitue le futur document de travail dont on citera deux dispositions :

Article 7. Adjudicative Jurisdiction

1. Jurisdiction with respect to daims brought by victims, independently of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where:
 - a. such acts or omissions occurred; or
 - b. the victims are domiciled; or
 - c. the natural or legal persans alleged ta have committed such acts or omissions in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled.
2. A natural or legal persan conducting business activities of a transnational character, including through their contractual relationships, is considered domiciled at the place where it has its:
 - a. place of incorporation; or
 - b. statutory seat; or
 - c. central administration; or
 - d. substantial business interests.

Article 9. Applicable law

1. Subject to the following paragraph, all matters of substance or procedure regarding daims before the competent court which are not specifically regulated in the (Legally Binding Instrument) shall be governed by the law of that court, including any ru les of such law relating ta conflict of laws.
2. All matters of substance regarding human rights law relevant ta daims before the competent court may, in accordance with domestic law, be governed by the law of another State where:
 - a) the acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument) have occurred; or
 - b) the victim is domiciled; or
 - c) the natural or legal persan alleged ta have committed the acts or omissions that result in violations of human rights covered under this (Legally Binding Instrument) is domiciled.
3. The (Legally Binding Instrument) does not prejudice the recognition and protection of any rights of victims that may be provided under applicable domestic law.

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 »), élaboré par le Ministère du développement. 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 :

RICHARD G. ALLEMANN, Statutarische Schiedsklauseln in der Aktienrechtsrevision, GesKR 2018 p. 339-354 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/LUCA ANGSTMANN, Kernfragen der Aktienrevision, RSDA 89 (2017) p. 3-24 ; HANS CASPAR VON DER CRONE/KEIVAN MOHASEB, Stand der Aktienrechtsrevision, AJP 28 (2019) p. 781-794 ; HANS-UELI VOGT *et al.*, Statutarische Schiedsklauseln nach dem Entwurf für ein neues Aktienrecht, Zurich 2019.

Initiative sur les entreprises responsables – droits de l’homme :

PETER BÖCKLI/CHRISTOPH B. BÜHLER, Zur „Konzernverantwortungsinitiative“: rechtliche Überlegungen 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 ; KARL HOFSTETTER, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, SJZ 115 (2019) p. 271-282 ; PATRICK OSTENDORF, (Kollisionsrechtliche) Stolpersteine bei Haftungsansprüchen gegen deutsche Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer, IPRax 39 (2019) p. 297-300.

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 Alegria 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 ; ANNE-SOPHIE TIETZ, Beurkundung eines Gesellschaftsvertrags zur Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz im Kanton Bern, IPRax 39 (2019) p. 36-41 ; 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 rproduit 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^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 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 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, 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.*)