

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 30.08.2024
--	--

## Chapitre 10 Sociétés

**Art. 150-165**

### Législation

Au terme de travaux longs et intenses, les Chambres fédérales ont approuvé la réforme du droit de la société anonyme le 19.6.2020 (RO 2020 p. 4005), modifiant à de nombreux égards le projet du Conseil fédéral (FF 2017 p. 625), accompagné du Message (n° 16.077, FF 2017 p. 353-624). Aucune des nouvelles dispositions légales 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-f* 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 de savoir 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 avait noté tout au moins qu'en fixant le ou les lieux de réunions à l'étranger, le conseil d'administration devrait 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'a pas été envisagé. L'entrée en vigueur a eu lieu par étapes progressives (RO 2020 4005, 2022 109).

En marge, on tiendra également compte du Projet de LF sur les infrastructures des marchés financiers et le comportement sur le marché en matière de négociation de valeurs mobilières et de dérivés (FF 2022 1673/1674).

Il convient de mentionner également le Projet de loi de LF sur la transparence des personnes morales et l'identification des ayants droits économiques (LTPM ; FF 2024 1608).

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), suivi en 2021 d'un autre sur la Corporate Due Diligence and Corporate Accountability (IPRax 2022 p. 414).

En parallèle à la révision du droit de la société anonyme, les Chambres fédérales ont débattu longuement de l'initiative sur les entreprises responsables (Konzernverantwortungsinitiative ; Swiss Responsible Business Initiative) qui visait à introduire dans la Cst.féd. un art. 101*a*, prévoyant notamment un devoir de diligence et une responsabilité civile en rapport avec les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales. Après de longs débats politiques et une campagne intense, la votation populaire a fait échouer l'initiative le 29.11.2020, du fait que 14.5 cantons se sont prononcés contre, tandis que seulement 8.5 y étaient favorables, nonobstant une majorité de 50.7% des votants favorables. (Cf., pour le texte et l'histoire des travaux parlementaires, à la fin du présent fichier.) Fin 2023, une seconde initiative a été annoncée.

Au lieu de simplement s'opposer à l'initiative, les autorités politiques avaient estimé opportun de lui opposer un contre-projet. L'objectif consistait dans un premier temps à amener de cette manière les auteurs de l'initiative à

retirer celle-ci. Ainsi que cela est relaté dans l'historique figurant à la fin du présent fichier, cette démarche n'a pas abouti, le contre-projet du Conseil national, acceptable aux yeux des initiants, n'ayant pas passé le cap des deux Chambres fédérales. Celles-ci ont finalement exprimé leur préférence au contre-projet élaboré par le Conseil fédéral<sup>1</sup>, puis approuvé par le Conseil des Etats et, après un dernier échange, par les deux Chambres. Ce contre-projet, outre qu'il supprime les dispositions relatives à la responsabilité, introduit une réglementation sur la transparence et le rapport en matière non financière, ainsi que sur l'implication du travail des enfants. Après le rejet de l'initiative en votation populaire, c'est donc ce texte qui est devenu loi, le 1.1.2022 (RO 2021 846 ; art. 964<sup>bis</sup>-964<sup>septies</sup> CO), complétée par une Ordonnance du 3.12.2021 (ODiTr ; RS 221.4331).

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

#### *NU - Conseil des droits de l'homme*

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 était 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.

Cet 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 a été préparé pour la cinquième session dudit Groupe.

---

<sup>1</sup> Rapport du 19.11.2019 intitulé « Transparence sur les questions non financières et devoirs de diligence et transparence en matière de minerais et métaux provenant de zones de conflit et de travail des enfants ». Un certain nombre des dispositions proposées ont été reprises ou sont inspirées du Règlement (UE) 2017/821 du 17.5.2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque (JOUE 2017 L 130, p. 1). Cf. Dustin Hesse/Romy Klimke, Die EU-Verordnung zu Konfliktmineralien: Ein stumpfes Schwert?, EuZW 2017 p. 446-450 ; DÁNIEL GERGELY SZABÓ, Mandatory Corporate Social Responsibility in the EU, La Haye 2016, ce dernier auteur observant que « the area of mandatory CSR reporting is less developed than would be initially expected » (p. 292).

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<sup>e</sup> 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 inter-governmental working group] a constitué un nouveau document de travail dont on citera deux dispositions :

*Article 7. Adjudicative Jurisdiction*

1. Jurisdiction with respect to claims 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 persons alleged to 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 person 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 claims 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 rules of such law relating to conflict of laws.
2. All matters of substance regarding human rights law relevant to claims 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 person alleged to 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.

Ce projet a été examiné lors de la cinquième session du Groupe de travail (14-18.10.2019). Il devait alors être remanié et devenir le projet révisé n° 2, dont il était prévu qu'il parviendra devant la sixième session du Groupe en juin 2020. En fait, cette réunion a dû être remplacée par des consultations virtuelles. Dans sa Résolution du 14.7.2020, le Conseil des droits de l'homme a prorogé le programme du Groupe de trois ans (A/HRC/44/L.14). On lira également un résumé des travaux accomplis par le Forum sur les entreprises et les droits de l'homme (A/HRC/44/56).

Le second projet révisé est devenu le OEIGWG Chairmanship Second Revised Draft du 6.8.2020, puis le Third Revised Draft du 17.8.2021 (A\_HRC\_49\_65/Add.1). Le Groupe de travail en a débattu lors de sa session du printemps 2022 (A\_HRC\_49\_65). On citera parmi les dispositions topiques les suivantes :

Article 9. Adjudicative Jurisdiction

9.1. Jurisdiction with respect to claims brought by victims, irrespectively of their nationality or place of domicile, arising from acts or omissions that result or may result in human rights abuses covered under this (Legally Binding Instrument), shall vest in the courts of the State where: a. the human rights abuse occurred and/or produced effects; or b. an act or omission contributing to the human rights abuse occurred; c. the legal or natural persons alleged to have committed an act or omission causing or contributing to such human rights abuse in the context of business activities, including those of a transnational character, are domiciled; or d. the victim is a national of or is domiciled. This provision does not exclude the exercise of civil jurisdiction on additional grounds provided for by international treaties or domestic laws.

9.2. Without prejudice to any broader definition of domicile provided for in any international instrument or domestic law, a legal person conducting business activities of a transnational character, including through their business relationships, is considered domiciled at the place where it has its: a. place of incorporation or registration; or b. place where the principal assets or operations are located; or c. central administration or management is located; or d. principal place of business or activity on a regular basis. 9.3. Courts vested with jurisdiction on the basis of Article 9.1 and 9.2 shall avoid imposing any legal obstacles, including the doctrine of forum non conveniens, to initiate proceedings in line with Article 7.5 of this (legally binding instrument).

9.4. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State, if the claim is connected with a claim against a legal or natural person domiciled in the territory of the forum State.

9.5. Courts shall have jurisdiction over claims against legal or natural persons not domiciled in the territory of the forum State if no other effective forum guaranteeing a fair judicial process is available and there is a connection to the State Party concerned as follows: a. the presence of the claimant on the territory of the forum; b. the presence of assets of the defendant; or c. a substantial activity of the defendant.

[Article 10. Statute of limitation]

#### Article 11. Applicable Law

11.1. All matters of procedure regarding claims before the competent court which are not specifically regulated in the (Legally Binding Instrument) shall be governed by the law of that court seized on the matter.

11.2. All matters of substance which are not specifically regulated under this [international legally binding instrument] may, upon the request of the victim, be governed by the law of another State where: a. the acts or omissions have occurred or produced effects; or b. the natural or legal person alleged to have committed the acts or omissions is domiciled.

On notera encore que le Conseil des droits de l'homme, dans sa Résolution du 21.3.2019 sur « Les effets négatifs du non-rapatriement des fonds d'origine illicite dans les pays d'origine sur la jouissance des droits de l'homme et l'importance d'une amélioration de la coopération internationale » a souligné :

« qu'il incombe aussi aux entreprises de se conformer à toutes les lois applicables et de respecter les droits de l'homme, et qu'il est nécessaire d'assurer aux victimes un meilleur accès à des recours utiles pour prévenir efficacement les atteintes aux droits de l'homme qui pourraient être commises par des entreprises et veiller à ce que des réparations puissent être obtenues le cas échéant, conformément aux Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » (n° 10 – A/HRC/RES/40/4, 5.4.2019)

Depuis lors, les débats ont évolué, résultant dans le *Suggested Chair proposal for selected articles on the LBI* (6.10.2022, A/HRC/WG.16/8/CRP.1). Le Groupe de travail sur les questions des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises a rapporté sur la 11<sup>e</sup> session du Forum sur les entreprises et les droits de l'homme des 28-30.11.2022 à l'Assemblée générale le 23.5.2023 (A/HCR/53/55).

Dans une déclaration présentée le 29.11.2022, la Mission permanente de la Suisse a indiqué que le Gouvernement suisse serait actuellement engagé dans l'évaluation de la mise en œuvre de son Plan d'action 2020-2023, avec l'objectif « de montrer dans quelle mesure le Plan d'action a contribué à la prévention, l'atténuation et la réparation des éventuels impacts négatifs des activités économiques sur les droits de l'homme », notant par ailleurs l'entrée en vigueur en 2022 des dispositions relatives au devoir de diligence.

#### *Arbitrage international*

En parallèle aux travaux du Conseil des droits de l'homme se présentent « The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration » (BHR) mises au point par le « Center for International Legal Cooperation » (CILC) à La Haye, en liaison avec la Cour Permanente d'Arbitrage. Le lancement de ces règles a eu lieu le 12.12.2019.

Ce texte 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. On observera à ce propos que l'initiative ne prévoit rien au sujet de la juridiction compétente pour traiter des demandes d'indemnisation résultant d'une atteinte aux droits de l'homme ou à l'environnement. Cette question est donc réservée à la législation d'application. Celle-ci pourrait prévoir un arbitrage spécialisé, comme elle pourrait également réserver de tels litiges à la compétence des tribunaux supérieurs des cantons.

#### *Union européenne et Etats membres*

En Allemagne, un texte ministériel a d'abord attiré l'attention (« Nachhaltige Wertschöpfungskettengesetz » (NaWKG - 1.2.2019 ; « loi sur les chaînes de production de valeurs durables »). Le projet a ensuite été mis en veilleuse, dans l'attente d'un possible régime communautaire, applicable à tous les Etats membres de l'UE. Il a cependant rebondi sous la forme d'un « Lieferkettengesetz », approuvé par le Gouvernement allemand le 3.3.2021, avec pour titre : "Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten". La loi a été approuvée par le Bundestag le 11.6.2021 et porte la date du 16.7.2021 (BGBl 2021 p. 2959), l'entrée en vigueur étant fixée au 1.1.2023. La loi allemande se présente en parallèle à l'initiative de la Commission de l'Union européenne (cf., entre autres, NZZ 15.7.2020, p. 18.).

Alors que l'on était encore dans l'attente du projet de la Commission, la Commission des affaires juridiques du Parlement européen a préparé un projet sur le « Devoir de diligence et responsabilité des entreprises » le 11.9.2020, à l'attention de la Commission (2020/2129(INL)). On citera les dispositions ayant un impact en droit international privé :

##### *Article premier*

###### *Objet et objectifs*

1. La présente directive vise à garantir que les entreprises opérant dans le marché intérieur satisfont à leurs obligations en matière de respect des droits de l'homme, de l'environnement et de la bonne gouvernance et ne causent ni ne contribuent à causer des risques pour les droits de l'homme, l'environnement et la bonne gouvernance dans leurs activités et celles de leurs relations commerciales.

...

2. La présente directive vise par ailleurs à garantir que les entreprises peuvent être tenues responsables de leur incidence préjudiciable sur les droits de l'homme, l'environnement et la gouvernance sur l'ensemble de leur chaîne de valeur.

##### *Article 2*

###### *Champ d'application*

1. La présente directive s'applique à toutes les entreprises régies par le droit d'un Etat membre ou établies sur le territoire de l'Union.

2. Elle s'applique également aux entreprises à responsabilité limitée régies par le droit d'un pays tiers et non établies sur le territoire de l'Union lorsqu'elles opèrent sur le marché intérieur en vendant des marchandises ou en fournissant des services. Une entreprise régie par le droit d'un pays tiers et non établie sur le territoire de l'Union est réputée être en conformité avec la présente directive si elle satisfait aux obligations de devoir de diligence établies dans la présente directive telles que transposées dans la législation de l'Etat membre dans lequel elle opère.

3. Les Etats membres peuvent exempter les microentreprises, au sens de la directive 2013/34/UE, de l'application des obligations établies dans la présente directive.

##### *Article 20*

###### *Responsabilité civile*

Le fait qu'une entreprise a fait preuve de diligence conformément aux obligations énoncées dans la présente directive ne l'exonère pas de voir sa responsabilité civile engagée en vertu du droit national.

Il était proposé en outre de modifier le RB I<sup>bis</sup> à son art. 8 et d'insérer un nouvel art. 26<sup>bis</sup> :

##### *Article 8, para. 5*

5) En ce qui concerne les actions civiles en matière commerciale pour violation des droits de l'homme dans la chaîne de valeur relevant du champ d'application de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, une entreprise domiciliée dans un Etat membre peut également être poursuivie dans l'Etat membre de son domicile ou dans lequel elle exerce ses activités lorsque le dommage causé dans un pays tiers peut être imputé

à une de ses filiales ou à une autre entreprise avec laquelle la société mère entretient une relation commerciale au sens de l'article 3 de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises.

*Article 26<sup>bis</sup>*

En ce qui concerne les actions civiles en matière commerciale engagées au motif de violations des droits de l'homme dans la chaîne de valeur d'une société domiciliée dans l'Union ou exerçant ses activités au sein de l'Union dans le cadre de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, lorsqu'aucune juridiction des États membres n'est compétente au titre du présent règlement, ces mêmes juridictions peuvent, à titre exceptionnel, connaître l'affaire si le droit à un procès équitable ou le droit d'accès à la justice l'exige, en particulier: a) si une procédure ne peut raisonnablement être introduite ou conduite, ou se révèle impossible dans un État tiers avec lequel le litige a un lien étroit; ou b) lorsque la décision rendue dans un État tiers ne pourrait faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution dans l'État membre de la juridiction saisie au titre du droit de cet État et que cette reconnaissance et cette exécution sont nécessaires pour garantir le respect des droits du demandeur; et que le litige présente un lien suffisant avec l'État membre de la juridiction saisie.

Rome II serait complété par :

*Article 6 bis*

*Actions pour violation des droits de l'homme en matière commerciale*

Dans le contexte des actions civiles engagées pour des violations des droits de l'homme commises par des entreprises qui font partie de la chaîne de valeur d'une entreprise domiciliée dans un État membre de l'Union ou exerçant ses activités au sein de l'Union dans le cadre de la directive xxx/xxxx sur le devoir de vigilance et la responsabilité des entreprises, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un dommage est la loi déterminée en vertu de l'article 4, paragraphe 1, à moins que le demandeur en réparation n'ait choisi de fonder ses prétentions sur la loi du pays dans lequel le fait générateur du dommage s'est produit, sur la loi du pays dans lequel la société mère a élu son domicile ou, si elle n'est pas domiciliée dans un État membre, sur la loi du pays dans lequel elle exerce ses activités.

Au niveau de l'UE, on a pu observer encore la parution du Règlement 2020/1998 du 7.12.2020 concernant des mesures restrictives en réaction aux graves violations des droits de l'homme et aux graves atteintes à ces droits (JOUE 2020 L 410 I, p. 1). En prélude au projet de la Commission, le Parlement européen a adopté le 10.3.2021 une Résolution contenant des recommandations à la Commission sur le devoir de diligence et la responsabilité des entreprises (P9\_TA-PROV(2021)0073). L'article 2 du projet de directive annexé à la Résolution prévoit son champ d'application en ces termes :

1. La présente directive s'applique aux grandes entreprises régies par le droit d'un État membre ou établies sur le territoire de l'Union.
2. La présente directive s'applique également à toutes les petites et moyennes entreprises cotées en bourse, ainsi qu'aux petites et moyennes entreprises à haut risque.
3. La présente directive s'applique également aux grandes entreprises, aux petites et moyennes entreprises cotées en bourse et aux petites et moyennes entreprises opérant dans des secteurs à haut risque, qui sont régies par le droit d'un pays tiers et qui ne sont pas établies sur le territoire de l'Union lorsqu'elles exercent leurs activités sur le marché intérieur en vendant des marchandises ou en fournissant des services. Ces entreprises satisfont aux obligations de vigilance établies dans la présente directive telles qu'elles sont transposées dans la législation de l'État membre dans lequel elles exercent leurs activités et sont soumises aux régimes de sanctions et de responsabilité établis par la présente directive tels qu'ils sont transposés dans la législation de l'État membre dans lequel elles exercent leurs activités.

Un texte sur la "Guidance on due diligence for EU business to address the risk of forced labour in their operations and supply chain" a été publié le 12.7.2021. On se référera encore au Règlement 2019/2088 du 27.11.2019 sur la publication d'informations en matière de durabilité dans le secteur des services financiers (JOUE 2019 L 317, p. 1). Ce domaine de DSSF (SFDR) se développe intensément et fait pénétrer le respect des droits de l'homme dans l'activité internationale des grandes entreprises. Le contentieux ESG (environmental, social and governance) prospère dans les grands Cabinets européens.

La Commission a voulu présenter en été 2021 un projet de législation sur la « mandatory due diligence for companies », très largement fondée sur une étude détaillée publiée en janvier 2020<sup>2</sup>. Il avait semblé que ce nouveau texte de l'UE allait s'appliquer également aux entreprises suisses offrant des produits et des services sur le

<sup>2</sup> EUROPEAN COMMISSION, Study on due diligence requirements through the supply chain, Final Report, Bruxelles 2020.

marché intérieur (cf. NZZ 7.11.2020, p. 29). Après avoir été reporté d'abord *sine die*, le projet de la Commission est sorti le 23.2.2022 (*Proposition de directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité – COM 2022 71*). Cette proposition vise à favoriser un comportement durable et responsable des entreprises tout au long des chaînes de valeur mondiales. Les nouvelles règles relatives au devoir de vigilance s'appliqueront aux entreprises de l'UE ainsi qu'à celles des pays tiers qui sont actives dans l'UE si elles sont de grande taille et représentent un pouvoir économique important (art. 2). Elles visent les opérations propres aux entreprises, à leurs filiales et à leurs chaînes de valeur (art. 1 par. 1 lit. a). L'objectif consiste à parvenir à une protection plus efficace des droits de l'homme figurant dans les conventions internationales et à éviter des incidences négatives à l'égard des principales conventions en matière d'environnement. La Directive règle également la responsabilité pour les manquements des entreprises à leurs obligations (art. 1 par. 1). Elle s'applique, entre autres, aux compagnies établies selon la loi d'un Etat tiers (art. 2 par. 2, art. 3 lit. a/2) qui doivent désigner un représentant résident ou établi dans l'UE et chargé de veiller au respect des obligations incombant à l'entreprise en vertu de la Directive (art. 3 lit. k, art. 16 ; consid. 24). La Commission établira des règles plus spécifiques sur le devoir de diligence des entreprises d'Etats tiers. Les règles sur la responsabilité civile doivent être transposées en droit national (art. 20), et ce de telle manière qu'elles l'emportent sur toute règle nationale désignant une loi autre que celle de l'Etat membre concerné (par. 5). Un régime strict de responsabilité complète la Directive (art. 22), auquel les Etats membres ne peuvent déroger dans leur droit national (par. 5). Le Parlement européen a approuvé la Directive le 14.12.2023, après avoir procédé à plus de 300 amendements (P9\_TA(2023)0209 ; cf. NZZ 15.12.2023, p. 27).

Enfin, les travaux suivant la proposition de la Commission ont abouti à la *Directive 2024/1760 du 13.6.2024 sur le devoir de diligence des entreprises en matière de durabilité* et modifiant la directive 2019/1937 et le règlement 2023/2859 (JOUE L 2024/1760 ; Corporate Sustainability Due Diligence Directive, CSDDD). Cette Directive s'applique également aux entreprises constituées en conformité avec la législation d'un pays tiers ayant réalisé un chiffre d'affaires net de plus de 450 mio. € dans l'Union (art. 2 par. 2) et ce à partir du 26.7.2027 ou 2028, selon que leurs chiffres d'affaires nets dépassent la somme de 1.500 mio. €, respectivement de 900 mio. € (art. 37).

### *Jurisprudence*

Au niveau de la jurisprudence, l'arrêt le plus remarqué de ces derniers temps est celui rendu par la Cour suprême du Royaume-Uni le 10.4.2019 dans l'affaire *Vedanta*. La compétence à l'égard de la société-mère était fondée sur l'art. 4 RB I<sup>bis</sup>. Pour les besoins de la détermination de la compétence juridictionnelle anglaise à l'égard de sa filiale zambienne pour des dommages subis par des tiers à l'étranger, dans le pays du siège de celle-ci (hors UE), il faut qu'il y ait une cause sérieuse qui fonde la compétence à l'égard tant de la société-mère que de sa filiale. Une telle cause existe en l'occurrence, étant donné qu'une société-mère est tenue à une obligation de vigilance (*duty of care*) à l'égard des tiers affectés par l'action de ses filiales étrangères. Il convient d'autoriser l'assignation de la filiale étrangère devant le for anglais puisqu'il y a intérêt à instruire les deux actions ensemble. Au fond, il s'agit moins d'exporter une culture dominante vers la périphérie que d'empêcher les entreprises anglaises de se comporter ailleurs selon des standards moins exigeants que ceux qui leur seraient applicables sur le territoire national. Toutefois, on doit également considérer l'hypothèse dans laquelle les sociétés-mères vont se soumettre volontairement à la justice locale du pays de la filiale pour échapper aux exigences de la *duty of care* du droit anglais. Un tel effet est cependant tempéré au regard de la qualité de la justice devant la juridiction étrangère, en ce sens que pareille soumission ne peut être acceptée si elle a pour effet de priver les demandeurs de l'accès à une justice qualitativement suffisante.

Le 12.2.2021, à la suite d'un premier arrêt rendu le 2.3.2020 dans l'affaire *Okpabi c. Shell* (Rev.crit. 2020 p. 577), la Cour suprême du Royaume-Uni a autorisé des communautés de paysans et de pêcheurs à poursuivre des demandes en réparation dirigées contre Shell à la suite des fuites de pétrole dans le delta du Niger, acceptant ainsi qu'une multinationale britannique puisse être responsable du comportement dommageable de ses filiales à l'étranger ([2021] UKSC 3 ; cf. Hübner/Lieberknecht, IPRax 2023 p. 407-417). Ce procès peut être comparé à celui dans l'affaire *Akpan v. Shell*, dans laquelle la Cour d'appel de La Haye a accepté l'application de la jurisprudence des tribunaux anglais en tant que principale source d'interprétation de la législation nigérienne (ECLI:NL:GHDHA:2015:3587/, arrêt suivi d'un arrêt du Gerechtshof Den Haag du 29.1.2021 (ECLI:NL:GHDHA:2021:132; cf. Mäsch/Wittebol, IPRax 2022 p. 78-85).

Le jugement de la Cour suprême du Canada, rendu le 28.2.2020 à une majorité de 5 :4 dans l'affaire *Nevsun v. Araya* (ILM 2020 p. 747 ; AJIL 2021 p. 107), est venu ajouter une pierre à l'édifice d'une responsabilité de droit international des sociétés ayant commis ou contribué à commettre des violations de droits de l'homme à l'étranger, en l'espèce à l'égard d'ouvriers en Érythrée alléguant d'avoir subi des préjudices découlant du travail forcé, d'esclavage et de traitement inhumain et dégradant, dont la société canadienne devait être responsable. Le jugement constate qu'en observant l'évolution du droit international depuis les origines de Grotius, « there is no longer any tenable basis for restricting the application of customary international law to relations between states » et que la prolifération des droits de l'homme « made the individual an integral part of this legal domain » (§ 107), de manière à ce que l'on puisse conclure que « the breaches of customary international law, or *jus cogens*, relied on by the Eritrean workers may well apply to Nevsun » (§ 114). En l'absence d'une législation qui s'y opposerait, les normes du droit international coutumier invoquées par les ouvriers d'Érythrée font partie de la common law canadienne et sont susceptibles de s'appliquer à Nevsun (§ 116). Dans ces conditions, « Canada has international obligations to ensure an effective remedy to victims of those rights », tels que ceux consacrés à l'art.2 de l'International Covenant on Civil and Political Rights (§ 119), conformément au principe selon lequel « where there is a right, there must be a remedy for its violation » (§ 120). L'action ayant été jugée recevable, elle n'a pourtant pas eu de suite devant le juge saisi du fond, car les parties ont conclu le litige par une transaction.

On citera enfin la sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Urbaser v. Argentine* (ICSID/ARB/07/26, 8.12.2016), constatant que le droit international consacre la responsabilité sociale des entreprises (autant que celle des individus) et que cela “includes commitments to comply with human rights in the framework of those entities’ operations conducted in countries other than the country of their seat or incorporation”, notant en revanche qu’il n’existe pas encore un fondement “sufficient to oblige corporations to put their policies in line with human rights” (§ 1195). Il est dit également qu’il doit être admis “that the human right for everyone’s dignity and its right for adequate housing and living conditions are complemented by an obligation on all parts, public and private parties, not to engage in activity aimed at destroying such rights” (§ 1199). Cependant, constatant que l’Etat hôte avait en l’espèce une obligation de droit international d’assurer le droit à l’eau de ses citoyens, une telle obligation ne peut être extrapolée en une obligation de mise en œuvre de la part de l’investisseur ou de toute autre société ayant une activité dans le domaine considéré, ceci à la différence d’une obligation d’abstention de causer un dommage (§ 1207-1210). Par ailleurs, il manque un fondement en droit international assurant aux victimes un droit de réparation (§ 1220).

## Bibliographie

### LDIP :

PETER JUNG, Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis, in Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 187-207 ; LAURENT KILLIAS, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten - Königsweg oder Sackgasse?, in Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 1053-1068 ; MANUEL LIATOWITSCH, Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern, in Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 225-233 ; PETER NOBEL *et al.*, Internationales und transnationales Gesellschaftsrecht, 3<sup>e</sup> éd. Berne 2024 ; NINA REINER/BASIL WÄCHLI, Rechtliche Erfassung von Dezentralen Autonomen Organisationen, SJZ 120 (2024) p. 755-769 ; SVEN RIVA, Decentralized Autonomous Organizations (DADs) in the Swiss Legal Order, YPIL 21 (2019-20) p. 601-638 ; ANTON K. SCHNYDER, IPR-Fragen zur Anerkennung liechtensteinischer Stiftungen, in Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen, Zurich 2015, p. 1-13 ; PHILIPPE A. WEBER/ALESSANDRO STANCHIERI, Kotierung einer Schweizer Gesellschaft im Ausland, in Kapitalmarkt - Recht und Transaktionen XI, Zurich 2017, p. 195-228.

### Entreprises responsables – droits de l’homme :

FF 2017 p. 5999-6042 ; YESIM ATAMER/FLORIAN WILLI, Konzernverantwortungsinitiative : Was ändert sich bei einem JA ?, RSDA 92 (2020) p. 435-448 ; IDEM, CSR-Berichterstattung Ante Portas : Indirekter Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative, RSDA 92 (2020) p. 686-701 ; RASHID BAHAR, Responsabilité sociétale des entreprises en droit de la société anonyme : entre devoir des organes et nouvelle technique de réglementation, RDS 139 (2020) II p. 269-353 ; CLAUDIO BAZZI, Konzernverantwortungsinitiative, Zankapfel Rechtsschutz: Mediationsverfahren vor dem Nationalen Kontaktpunkt (NKP) als Durchbruch?, in Life Science Recht 2019 p. 195-198 ; 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 ; ANDREAS BOHRER, Die Haftung schweizerischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland?, Überlegungen zur Konzern-Initiative, in Corporate Social Responsibility, Tübingen 2018, p. 195-212, GesKR 2017 p. 323-332 ; ROBERT BRAY *et al.*, Access to justice in the EU for Victims of socio-environmental Damages Occurring in Non-EU Countries, YPIL 23 (2021/22) p. 211-244 ; NICOLAS BUENO, La responsabilité des entreprises de respecter les droits de l’homme, Etat de la pratique suisse, AJP 26 (2017) p. 1015-1023 ; IDEM, Diligence en matière de droits de l’homme et responsabilité de l’entreprise: le point en droit suisse, SRIEL 29 (2019) p. 345-366 ; IDEM, Diligence des entreprises, travail des enfants et minerais – Ce qui va changer, Plaidoyer 39 (2021) p. 24-27 ; CHRISTOPH BURKHARDT, Berichterstattungspflicht zur Corporate Social Responsibility, in Recht und Innovation, Zurich 2020, p. 63-79 ; DAMIANO CANAPA *et al.*, «Entreprises responsables»: limitations et perspectives, RDS 140 (2021) I p. 557-582 ; PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen?, in Liber amicorum Andreas Donatsch, Zurich 2012, p. 703-724 ; IDEM, Corporate Social

Responsibility, Eine (neue) Rechtspflicht für Publikumsgesellschaften?, *in* Festschrift für Peter Nobel, Berne 2015, p. 157-181; GREGOR GEISSER, Die Konzernverantwortungsinitiative, *AJP* 26 (2017) p. 943-961 ; IDEM, Transnational Civil Human Rights Litigation against Corporations - Swiss Perspectives in Private International Law, *in* Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights, Genève 2017, p. 119-139 ; IDEM, Ansätze nach Ablehnung der Konzernverantwortungsinitiative, *AJP* 30 (2021) p. 1358-1360 ; LUKAS HECKENDORF URSCHELER/JOHANNA FOURNIER (éd.), Regulating Human Rights Due Diligence for Corporations, A Comparative View, Zurich 2017 ; KARL HOFSTETTER, Konzernverantwortungsinitiative und Geschäftsherrenhaftung, *SJZ* 115 (2019) p. 271-282 ; IDEM, Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative und Unternehmenshaftung, *SJZ* 117 (2021) p. 571-582 ; MELANIE HUBER-LEHMANN, Haftpflichtprozesse aufgrund von Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *Jusletter* 20.8.2018 ; CHRISTINE KAUFMANN, Konzernverantwortungsinitiative: Grenzenlose Verantwortlichkeit?, *RSDA* 88 (2016) p. 45-54 ; SIMON LEU, Corporate social responsibility in der Schweiz, *in* Festschrift für Waltr Fellmann, Berne 2021, p. 343-373 ; FRANÇOIS MEMBREZ/NICOLAS CONTI, Quelques clés pour la mise en oeuvre de l'initiative pour les multinationales responsables, *Plaidoyer* 36 (2018) p. 30-35 ; ADELIN MICHOU, L'Europe : un havre de protection contre les abus des entreprises multinationales à l'étranger ?, *SRIEL* 30 (2020) p. 3-25 ; GIULIA NERI-CASTRACANE, La diligence en matière de droits de l'homme des principes Ruggie en Suisse, *in* Vers les sommets du droit, Liber amicorum Henry Peter, Genève 2019, p. 411-426 ; GIULIA NERI-CASTRACANE/TEYMOUR BRANDER Les enjeux de la CSRD pour les entreprises suisses, *RSDA* 95 (2023) p. 587-602 ; JEAN-RENÉ OETTLI, La responsabilité des entreprises en matière de violations des droits de l'homme, *Revue de l'avocat* 24 (2021) p. 271-275 ; PATRICK OSTENDORF, (Kollisionsrechtliche) Stolpersteine bei Haftungsansprüchen gegen deutsche Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer, *IPRax* 39 (2019) p. 297-300 ; SRIDAR PARAMALINGAM, Patient KVI: Herzmassage durch den Europäischen Gesetzgeber?, *Jusletter* 17.1.2022 ; JULIE PERRIARD, Entreprises et droits humains – La directive européenne sur la publication d'informations non financières, un modèle à suivre en droit suisse ?, *RSDA* 91 (2019) p. 667-675 ; SYLVAIN SAVOLAINEN/GÉRALD PACHOUD, La responsabilité civile de l'entreprise en cas d'atteinte aux droits de l'homme, *Revue de l'avocat* 20 (2017) p. 489-496 ; ANTON VALLÉLIAN/SÉBASTIEN ZULIAN, La protection des droits de l'homme dans les contrats internationaux, *Revue de l'avocat* 22 (2019) p. 425-430 ; ROLF H. WEBER/ANDREAS HÖSLI, Corporate Climate Responsibility – aktienrechtliche Haftungsrisiken für den Verwaltungsrat ?, *SJZ* 116 (2020) p. 605-611 ; FRANZ WERRO, Indirekter Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative – Haftungsnorm im Einklang mit der schweizerischen Tradition, *sui generis* 2018 p. 428-442 ; PETRU EMANUEL ZLATESCU, Die Konzernverantwortungsinitiative im internationalen Kontext, *Jusletter* 20.1.2020.

#### *Union européenne :*

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS, Reflexiones sobre la modernización del derecho europeo de sociedades: forum societatis y lex societatis, *AEDIPr* 18 (2018) p. 291-322 ; JUSTIN BORG-BARTHET, A New Approach to the Governing Law of Companies in the EU: A Legislative Proposal, *JPIL* 6 (2010) p. 589-621 ; MILENA CHARNITZKY/JUKKA WEIGEL, Die Krux mit der Sorgfalt (Teil 2) – Der Entwurf der Richtlinie zur unternehmerischen Sorgfalt in den Lieferketten, *RIW* 68 (2022) p. 413-420 ; DOROTHEE EINSELE, Internationales Prospekthaftungsrecht, Kollisionsrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung, *ZEuP* 20 (2012) p. 23-46 ; MARIA FONT IMAS, Las fundaciones en el derecho de la Unión europea, *in* Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 389-404 ; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, GEDIP's Proposal on the Law Applicable to Companies, *RDIPP* 52 (2016) p. 949-976 ; CARSTEN GERNER-BEURLER (éd.), The Private International Law of Companies in Europe, Munich 2019 ; JONAS CHRISTIAN GRÖNING, Gesellschafter- und Geschäftsleiterhaftung im internationalen Zivilverfahrensrecht, Tübingen 2019 ; JAN VON HEIN, Der Vorschlag des GEDIP für eine EU-Verordnung zum Internationalen Gesellschaftsrecht, *in* Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 551-565 ; 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, 6<sup>e</sup> éd. Paris 2021 ; 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 ; CHRISTOPH RÖDTER, Das Gesellschaftskollisionsrecht im Spannungsverhältnis zur Rom I- und II-VO, Frankfurt a.M. 2014.

#### *Droit international privé étranger et comparé :*

LOIS D'AVOUT, L'entreprise et les conflits internationaux de lois, *RCADI* 397 (2019) p. 9-612 ; ALBERT BADIA, Piercing the Veil of State Enterprises in International Arbitration, *Alphen aan den Rijn* 2014 ; 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 ; HOLGER FLEISCHER *et al.* (éd.), Corporate Social Responsibility, Tübingen 2018 ; HOLGER FLEISCHER, Grosse Debatte im Gesellschaftsrecht: Fiktionstheorie versus Theorie der realen Verbandspersönlichkeit im internationalen Diskurs, *RebelsZ* 87 (2023) p. 5-45 ; JOHANNES GASSER, Probleme der Nichtanerkennung von Stiftungen im Ausland, *in* 5 Jahre neues Stiftungsrecht, Zurich 2017, p. 25-39 ; BERNHARD GROSSFELD, Globale Unternehmen – Globale Rechnungslegung, *ZvglRW* 116 (2017) p. 1-22 ; 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 ; PETER KINDLER, L'amministrazione centrale come criterio di collegamento del diritto internazionale privato delle società, *RDIPP* 51 (2015) p. 897-920 ; SEBASTIAN KOEHLER, Das Kollisionsrecht der Stiftungen aus Sicht des Internationalen Privat- und Verwaltungsrechts, Jena 2011 ; TIM LANZIUS, Anwendbares Recht und Sonderanknüpfungen unter der Gründungstheorie, Frankfurt a.M. 2005 ; 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 ; MICHEL MENJUCQ, Droit international et européen des sociétés, 5<sup>e</sup> éd. Issy-les-Moulineaux 2018 ; PETER PRAST, Anerkennung liechtensteinischer juristischer Personen im Ausland, *ZvglRW* 111 (2012) p. 391-427, *LJZ* 33 (2012) p. 119-135 *et in* Asset Protection, Zurich 2014 p. 13-58 ; GÖTZ SCHULZE, Übertragung deutscher GmbH-Anteile in Zürich und Basel, *IPRax* 31 (2011) p. 365-370 ; FRANCESCO SCHURR, Aktuelle Fragen zur Behandlung liechtensteinischer Stiftungen im internationalen Privatrecht, *in* 5 Jahre neues Stiftungsrecht, Zurich 2017, p. 101-114 ; REMBERT SÜSS/THOMAS WACHTER (éd.), *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, 4<sup>e</sup> éd. Bonn 2022 ; LUKAS-SEBASTIAN SWOBODA, Syndikate im internationalen Kontext, *ZfRV* 60 (2019) p. 119-122 ; 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.

*Responsabilité des sociétés pour les préjudices causés à l'étranger :*

MUKARRUM AHMED, Private international law and substantive liability issues in the litigation against multinational companies in the English courts, JPIL 18 (2022) p. 56-82 ; SERGE BIGGOER, Vedanta v. Lungowe, An analysis of the judgment of the UK Supreme Court, in *Recht und Innovation*, Zurich 2020, p. 47-61 ; CHERIE BLAIR *et al.*, The Medium Is the Message : Establishing a System of Business and Human Rights Through Contract Law and Arbitration, JIA 35 (2018) p. 379-412 ; TOBIAS BOMSDORF/BERTHOLD BLATECKI-BURGERT, Haftung deutscher Unternehmen für « Menschenrechtsverstöße », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 53 (2020) p. 42-45 ; WILLIAM BRILLAT-CAPELLO, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration : L'arbitrage comme outil de respect des droits humains, *Rev.arb.* 2020 p. 377-402 ; JULIA BRUNE, Menschenrechte und transnationale Unternehmen, Baden-Baden 2020 ; NICOLAS BUENO/CLAIRE BRIGHT, Implementing Human Rights Due Diligence Through Corporate Civil Liability, ICLQ 69 (2020) p. 789-818 ; JAY BUTTER, The Corporate Keepers of International Law, AJIL 114 (2020) p. 189-220 ; CHRISTELLE CHALAS, Vers un régime de compétence adapté à la responsabilité environnementale des entreprises multinationales ?, *Point d'étape post-Brexit, Rev.crit.* 2021 p. 333-347 ; LEYLA DAVARNEJAD, Menschenrechtsverantwortung multinationalen Unternehmen und Corporate Social Responsibility (CSR), Baden-Baden 2020 ; SURYA DEVA/DAVID BILCHITZ (éd.), *Building a Treaty on Business and Human Rights*, Cambridge 2017 ; ANTONIA DURÁN AYAGO, Sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones graves de los derechos humanos en terceros países, AEDIPr 18 (2018) p. 323-348 ; CHRISTOPH ENGEL *et al.* (éd.), *Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtgesetz*, Baden-Baden 2021 ; LIESBETH ENNEKING, Foreign Direct Liability and Beyond, *La Haye* 2012 ; IDEM, Paying the price for socially irresponsible business practices?, *Corporate liability for violations of human rights and the environment abroad*, *AJP* 26 (2017) p. 988-997 ; EUROPEAN COMMISSION, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Final Report, Bruxelles 2020 ; MARIE VON FALKENHAUSEN, Menschenrechtsschutz durch Deliktsrecht, Unternehmerische Pflichten in internationalen Lieferketten, Tübingen 2020 ; HOLGER FLEISCHER/STEFAN KORCH, Okpabi v. Royal Dutch Shell und das deutsche Deliktsrecht in Konzernlagen, *ZIP* 42 (2021) p. 709-718 ; DANIEL GERGELY SZABÓ, Mandatory Corporate Social Responsibility in the EU, *La Haye* 2016 ; LAURA GARCÍA ÁLVARES, Competencia judicial, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades, Granada 2016 ; IDEM, Environmental Damages Caused by Transnational Groups : Access to Justice, *YPIL* 18 (2016/17) p. 259-288 ; ULLS GLÄSSER/CLAUDIA KÜCK, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration – A Balancing Act, *SchiedsVZ* 18 (2020) p. 124-133 ; THERESA GÖRGEN, Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen, Baden-Baden 2019 ; CLAUDIUS LENNART GÖTZ, Ein Lieferkettengesetz nordischer Prägung – Norwegens neues Transparenzgesetz, *RIW* 61 (2022) p. 99-105 ; KATHARINA HAIDER, Haftung von transnationalen Unternehmen und Staaten für Menschenrechtsverletzungen, Baden-Baden 2019 ; ANDREAS HÖSLI/ROLF H. WEBER, Klimaklagen gegen Unternehmen, Internationale Entwicklungen und deren Bedeutung für die Schweiz, *Jusletter*, 25.5.2020 ; LEONHARD HÜBNER, Unternehmenshaftung für Menschenrechtsverletzungen, Tübingen 2022 ; LEONHARD HÜBNER/MARKUS LIEBERKNECHT, Der Fall Okpabi – Vorläufiger Höhe- und Schlusspunkt der Human Rights Litigation in England?, *IPRax* 43 (2023) p. 407-417 ; CATHERINE KESSEDIAN, The Hague Rules on Business and Human Rights Arbitration, *Clunet* 148 (2021) p. 71-88 ; IDEM, Questions de droit international privé de la responsabilité sociétale des entreprises, in *Rapports généraux du XX<sup>e</sup> Congrès général de l'Académie internationale de droit comparé* 50 (2022) p. 221-248 ; CATHERINE KESSEDIAN/HUMBERTO CANTÚ RIVERA (éd.), *Private International Law, Aspects of Corporate Social Responsibility*, Cham 2020 ; EVA-MARIA KIENINGER, Vedanta v. Lungowe : Ein Meilenstein für Klagen gegen europäische Konzernmütter für Umweltschäden und Menschenrechtsverletzungen durch drittstaatliche Tochtergesellschaften, *IPRax* 40 (2020) p. 60-67 ; IDEM, *Englisches Deliktsrecht, internationale Unternehmensverantwortung und deutsches Sorgfaltspflichtengesetz*, *RIW* 67 (2021) p. 331-339 ; BRIGIT KRAMER, Wann haftet ein deutsches Unternehmen für extraterritoriale Menschenrechtsverletzungen ?, *RIW* 66 (2020) p. 96-102 ; NICO KRISCH *et al.* (éd.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht, t. 50, Heidelberg 2020 ; GERALD MÄSCH/CHRISTIAN WITTEBOL, None of our concern ? – Grenzüberschreitende Umweltschadenshaftung im Konzern vor niederländischen Gerichten, *IPRax* 42 (2002) p. 78-85 ; FABRIZIO MARRELLA, Protection internationale des droits de l'homme et activités des sociétés transnationales, *RCADI* 385 (2017) p. 33-435 ; PAUL MEDER, Unternehmerische Haftung in grenzüberschreitenden Wertschöpfungsketten, Berlin 2022 ; ADELINÉ MICHOU, The accountability of transnational corporations for the adverse impact of their business activities, Genève 2020 ; IDEM, Public Policy Exceptions in U.S. and European Private International Law, *YPIL* 21 (2019-20) p. 569-587 ; HORATIA MUIR WATT, La saga juridique Vedanta (suite) : le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers, *Rev.crit.* 2019 p. 504-510 ; KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER, Social Power, Social Responsibilities, and Corporations : from CSR to Business and Human Rights, *RDS* 139 (2020) II p. 5-95 ; LAURA NASSE, Devoir de vigilance, Die neue Sorgfaltspflicht zur Menschenrechtsverantwortung für Grossunternehmen in Frankreich, *ZEuP* 27 (2019) p. 773-801 ; IDEM, Loi de vigilance, Das französische Lieferkettengesetz, Tübingen 2022 ; DALIA PALOMBO, Business and Human Rights, The Obligations of the European Home States, Oxford 2019 ; BÉATRICE PARANCE/ELISE GROULX, Regards croisés sur le devoir de vigilance et le duty of care, *Clunet* 145 (2018) p. 21-52 ; ANNE PETERS *et al.*, Business and Human Rights : Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law, *MPIL Research Paper Series*, n° 2020-06, Heidelberg 2020 ; VALÉRIE PIRONON, Le devoir de vigilance et le droit international privé, *Travaux* 2018-2020 p. 223-255 ; ILARIA PRETELLI, Conduite responsable des entreprises, droits fondamentaux et durabilité sociale, *SJZ* 120 (2024) p. 63-75 ; FANNY PULVER, The OECD National Contact Points, in *Recht und Innovation*, Zurich 2020, p. 97-111 ; MATHIAS REIMANN, Human Rights Litigation Beyond the Alien Tort Claims Act: The Crucial Role of the Act of State Doctrine, *IPRax* 42 (2022) p. 187-193 ; AUGUST REINISCH *et al.* (éd.), *Unternehmensverantwortung und Internationales Recht*, Heidelberg 2020 ; GIESELA RÜHL/CONSTANTIN KNAUER, Zivilrechtlicher Menschenrechtsschutz?, Das deutsche Lieferkettengesetz und die Hoffnung auf den europäischen Gesetzgeber, *JZ* 77 (2022) p. 105-114 ; FABRIZIO MIRIAM SAAGE-MAASS/MAREN LEIFKER, Haftungsrisiken deutscher Unternehmen und ihres Management für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, *Betriebs-Berater* 70 (2015) p. 2499-2504 ; LUIS ESPINOSA SALAS, Legal, political and diplomatic implications in the elaboration of an international legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, Genève 2021 ; OTTO SANDROCK, Ausländische Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen und Umweltverstößen vor US-amerikanischen Gerichten, *RIW* 59 (2013) p. 497-508 ; GENEVIÈVE SAUMIER, L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger, *Rev.crit.* 2018 p. 775-792 ; EVELYNE SCHMID, Le champ d'application spatial des législations nationales en matière de conduite responsable des entreprises, *Revue trimestrielle*

des droits de l'homme 32 (2021) n° 128 p. 853-873 ; GWYNNE L. SKINNER, *Transnational Corporations and Human Rights*, Cambridge 2020 ; BIRGIT SPIESSHOFER, *Unternehmerische Verantwortung*, Baden-Baden 2017 ; GEROLD SPINDLER, *Der Vorschlag einer EU-Lieferketten-Richtlinie*, ZIP 43 (2022) p. 765-777 ; CAROLINE HELENE STAHL, *Haftung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen ihrer ausländischen Zulieferer*, Hamburg 2020 ; MICHAEL STÜRNER, *Die territorialen Grenzen der Human Rights Litigation in den USA*, JZ 69 (2014) p. 13-23 ; IDEM, *Transnationale Menschenrechtsverletzungen im internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, RIDP 4 (2014) p. 350-374 ; IVAN TCHOTOURIAN/ALEXIS LANGENFELD, *RSE, droits de l'homme et multinationales : la doctrine du forum non conveniens est-elle un obstacle à une judiciarisation du contentieux ?*, RIDC 91 (2019) p. 503-531 ; BERNARD TEYSSIÉ, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, Clunet 148 (2021) p. 5-30 ; MARINE THEY, *L'affaire Survival International : la « responsabilité sociale » d'une ONG dans la mise en œuvre des Principes directeurs de l'OEDC à l'intention des entreprises multinationales*, Clunet 145 (2018) p. 471-506 ; CHRIS THOMALE/MARINA MURKO, *Pakistanisches Recht vor europäischen Gerichten : Transnationale Menschenrechtsklagen aus der Sicht eines Produktionslandes*, ZvglRW 120 (2021) p. 127-158 ; GERHARD WAGNER, *Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 80 (2016) p. 717-782 ; IDEM, Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette*, ZIP 42 (2021) p. 1095-1105 ; MARC-PHILIPPE WELLER/CHRIS THOMALE, *Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen*, ZGR, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2017 p. 509-526 ; MARC-PHILIPP WELLER *et al.*, *Klagen gegen ausländische Konzerngesellschaften im Inland : Der Vermögensgerichtsstand des § 23 ZPO als Konzerntochtergerichtsstand*, NZG, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 22 (2019) p. 1121-1128 ; IDEM, *Klimaklagen gegen Unternehmen im Lichts des IPR*, Festschrift Herbert Kronke, Berlin 2020, p. 601-620 ; MATTHIAS WELLER, *Haftung englischer Konzernmütter für Delikte drittstaatlicher Töchter im Spiegel des zuständigkeitsrechtlichen Missbrauchseinwands, in Europa als Rechts- und Lebensraum*, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 583-591 ; CHRISTOPH WENDELSTEIN, « Menschenrechtliche » Verhaltenspflichten im System des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 83 (2019) p. 111-153 ; FRANCISCO ZAMORA CABOT *et al.* (éd.), *Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights*, Zurich 2017 ; NIKLAUS ZAUGG/ALEX BARDIN, *Business Human Rights – A New Field of Activity for Arbitration?*, ASA 39 (2021) p. 109-122.

### **Jurisprudence récente**

ATF 1.2.2021, 4A\_496/2019, c. 2.1.1 (*Une faillite à l'étranger peut porter atteinte au pouvoir de disposition d'une société d'après l'art. 154 al. 1 ou l'art. 155.*)

ATF 19.1.2021, 1B\_459/2020, c. 8.1.2, ATF 147 IV 361 ss, 367 (*Rappel des principes de l'art. 154 et de l'art. 155 lit. i, constatant par ailleurs que lorsqu'une société bénéficie de tous les attributs de la personnalité juridique selon le droit régissant son statut personnel, elle a en principe l'exercice des droits civils en Suisse et partant la capacité d'ester en justice.*)

ATF 29.4.2020, 4A\_335/2019, Merck KGaA *et al.* c. Merck Co. Inc. *et al.*, c. 2-5 (*Droit suisse applicable à la protection de la raison sociale. Différend relatif à l'usage d'une marque ayant pour composant « Merck » sur Internet. Lien territorial suffisant avec la Suisse pour pouvoir invoquer une violation. Condition réalisée dans la mesure où, au-delà de l'accès à la page Internet qui est possible mondialement, les sociétés défenderesses exercent en Suisse une activité commerciale en matière pharmaceutique dont la présence est reconnaissable sur les pages Internet visées par les demanderesses.*)

ATF 9.10.2019, 4A\_455/2018 (*Contrats conclus en Ukraine sur la vente de charbon entre une société des Iles Vierges britanniques et une société suisse, suivis d'un contrat entre ces deux sociétés destiné à régler le différend qui avait surgi. Litige relatif à la qualité de représentant de l'un des signataires. Application du droit suisse, sans indication relative au conflit de lois.*)

ATF 5.6.2019, 4A\_454/2018, c. 2.2 (*Pouvoir de représentation régi par la loi panaméenne applicable à la société*)

ATF 17.1.2019, 4A\_302/2018 (*Banque suisse n'ayant pas examiné avec la diligence requise les restrictions du pouvoir de représentation par rapport à un transfert en provenance d'une banque du commerce extérieur de la RFA en 1990.*)

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 réfractable 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*)

**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 ; DOMINIQUE JAKOB, Time to say goodbye - Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Perspektive, *in* Festschrift für Anton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 171-186 ; 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 ; KEVIN TOGNI, Le transfert international du siège social d'une corporation, *Jusletter* 2.7.2018 ; 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 ; ROLF WATTER *et al.* (éd.), Fusionsgesetz, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2015.

*Union européenne :*

THOMAS BACHNER/GEORG E. KODEK, Österreichische Umgründungen und englisches Kollisionsrecht, *ZfRV* 52 (2011) p. 19-30 ; CASPAR BEHME, Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze, Tübingen 2015 ; ADRIAN DRUZGA Die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union, Berlin 2020 ; FABIAN KRATZELMEIER, Die grenzüberschreitende Unternehmensrestrukturierung im europäischen Rechtsrahmen, Tübingen 2023 ; MAXIMILIAN LEYDECKER, Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Hürth 2021 ; MIROSLAWA MYSZKE-NOWAKOWSKA, The Role of Choice of Law Rules in Shaping Free Movement of Companies, Cambridge 2014 ; GEORGIOS-VICTOR PETANIDIS, Die grenzüberschreitende Umstrukturierung von Gesellschaften, Berlin 2020 ; SASA PRELIC/JERNEJA PROSTOR, Grenzüberschreitende Statutenwechsel und Änderung der rechtlichen Organisationsform der Gesellschaft in der EU, *ZfRV* 55 (2014) p. 27-36 ; EBERHARD SCHOLLMAYER, Wirksamkeit einer inländischen Registereintragung nach ausländischem Recht: Kann das neue Spaltungsrecht funktionieren?, *IPRax* 40 (2020) p. 297-301 ; FRANCESCO A. SCHURR, Schutzbestimmungen und Verfahrensregeln in der neuen Richtlinie zu grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, *EuZW* 30 (2019) p. 539-544 ; MAX WESIACK, Europäisches Internationales Vereinsrecht, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und Umwandlung im Lichte der Niederlassungsfreiheit und des allgemeinen Freizügigkeitsrechts, Tübingen 2011 ; SEPP WOHLFARTER, Die kollisionsrechtliche Behandlung der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft aus einem anderen EU/EFTA-Staat, *Hambourg* 2014 ; DIRK ZUHORN, Grenzüberschreitende Verschmelzungen zwischen deutschen und englischen börsennotierten Aktiengesellschaften – ein Harmonisierungserfolg?, Berlin 2017.

*Droit international privé étranger et comparé*

DAIEL LÜTOLF, Das Kollisionsrecht der internationalen Unternehmensübernahme, Zurich 2022.

**Jurisprudence récente**

CJUE 25.10.2017, C-106/16, Polbud, *Rev.crit.* 2019 p. 519, *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.*)

**Législation**

Directive (UE) 2019/2121 du 27.11.2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières, *JOUE* 2019 L 321, p. 1.

***Historique de l'initiative « Entreprises responsables » et des contre-projets***

En parallèle à la révision du droit de la société anonyme, les Chambres fédérales ont débattu longuement de l'initiative sur les entreprises responsables (Konzernverantwortungsinitiative ; Swiss Responsible Business Initiative) qui visait à introduire dans la Cst.féd. un art. 101a, prévoyant notamment un devoir de diligence et une responsabilité civile en rapport avec les droits de l'homme internationalement reconnus et les normes environnementales internationales, en ces termes :

*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.

(FF 2020 p. 5343)

#### *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.

(BBl 2020 p. 5505)

#### *Art. 101a Responsabilità delle imprese*

<sup>1</sup> La Confederazione prende provvedimenti per rafforzare il rispetto dei diritti umani e dell'ambiente da parte dell'economia.

<sup>2</sup> La legge disciplina gli obblighi delle imprese che hanno la loro sede statutaria, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale in Svizzera secondo i seguenti principi:

- a. le imprese sono tenute a rispettare anche all'estero i diritti umani riconosciuti a livello internazionale e le norme ambientali internazionali; esse devono provvedere affinché tali diritti e tali norme siano rispettati anche

dalle imprese da esse controllate; i rapporti effettivi determinano se un'impresa ne controlla un'altra; il controllo può risultare di fatto anche dall'esercizio di un potere economico;

- b. le imprese sono tenute a usare la dovuta diligenza; in particolare, devono individuare le ripercussioni effettive e potenziali sui diritti umani riconosciuti a livello internazionale e sull'ambiente, adottare misure idonee a prevenire le violazioni dei diritti umani riconosciuti a livello internazionale e delle norme ambientali internazionali, porre fine alle violazioni esistenti e rendere conto delle misure adottate; questi obblighi si applicano alle imprese controllate e a tutte le relazioni d'affari; la portata della dovuta diligenza dipende dai rischi in materia di diritti umani e di ambiente; nel disciplinare l'obbligo della dovuta diligenza, il legislatore tiene conto delle esigenze delle piccole e medie imprese che presentano rischi limitati in tali ambiti;
- c. le imprese rispondono anche del danno che le imprese da esse controllate causano nell'esercizio delle loro incombenze d'affari, violando diritti umani riconosciuti a livello internazionale o norme ambientali internazionali; non ne rispondono secondo la presente disposizione se dimostrano di aver usato tutta la diligenza richiesta secondo la lettera b per prevenire il danno o che il danno si sarebbe verificato anche usando tale diligenza;
- d. le disposizioni emanate in virtù dei principi sanciti alle lettere a–c si applicano indipendentemente dal diritto richiamato dal diritto internazionale privato.

(FF 2020 p. 4921)

*“Art. 101a Responsibility of business<sup>3</sup>*

1. The Confederation shall take measures to strengthen respect for human rights and the environment through business.
2. The law shall regulate the obligations of companies that have their registered office, central administration, or principal place of business in Switzerland according to the following principles:
  - a. Companies must respect internationally recognized human rights and international environmental standards, also abroad; they must ensure that human rights and environmental standards are also respected by companies under their control. Whether a company controls another is to be determined according to the factual circumstances. Control may also result through the exercise of power in a business relationship.
  - b. Companies are required to carry out appropriate due diligence. This means in particular that they must: identify real and potential impacts on internationally recognized human rights and the environment; take appropriate measures to prevent the violation of internationally recognized human rights and international environmental standards, cease existing violations, and account for the actions taken. These duties apply to controlled companies as well as to all business relationships. The scope of the due diligence to be carried out depends on the risks to the environment and human rights. In the process of regulating mandatory due diligence, the legislator is to take into account the needs of small and medium-sized companies that have limited risks of this kind.
  - c. Companies are also liable for damage caused by companies under their control where they have, in the course of business, committed violations of internationally recognized human rights or international environmental standards. They are not liable under this provision however if they can prove that they took all due care per paragraph b to avoid the loss or damage, or that the damage would have occurred even if all due care had been taken.
  - d. The provisions based on the principles of paragraphs a – c apply irrespective of the law applicable under private international law.”

Après une campagne intense, la votation populaire a fait échouer l'initiative le 29.11.2020, du fait que 14.5 cantons se sont prononcés contre, tandis que seulement 8.5 y étaient favorables, nonobstant une majorité de 50.7% des votants favorables.

L'objectif politique qui a animé un très long débat parlementaire consistait à opposer à l'initiative un contre-projet, dans l'espoir d'amener les auteurs de l'initiative à retirer celle-ci. Le premier contre-projet, approuvé par le Conseil national dans sa séance du 14.6.2018, a retenu une règle de conflit de lois dont la teneur était 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,

<sup>3</sup> Traduction de : Anne Peters *et al.*, Business and Human Rights: Making the Legally Binding Instrument Work in Public, Private and Criminal Law, MPIL Research Paper Series, n° 2020-06, Heidelberg 2020, p. 10/11.

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 pouvait 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 Rechts 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 anerkennt 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 du Communiqué était 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 Frühjahrssession 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 interrompu jusqu'à ce que l'initiative et le contre-projet puissent être examinés ensemble, ce qui ne pouvait se faire que si le Conseil des Etats, auquel l'objet était 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 12.8. et 3.9.2019, puis mise 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 Nichteintreten. 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 du 14.8.2019, 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 États 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 Bundesrates 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 "Konfliktmineralien" 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 Gegentwurfs 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 Gegentwurf in der Gesamtabstimmung anzunehmen.

Die Kommission unterstützt mit 8 zu 5 Stimmen einen Gegentwurf, 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 Gegentwurf 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*

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Les entreprises ne répondent d'aucun dommage si elles apportent la preuve qu'elles ont pris les mesures prévues à l'art. 716a<sup>bis</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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<sup>bis</sup> CO*

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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>2bis</sup> 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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<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.

<sup>7</sup> 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<sup>e</sup> CO*

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

#### *B. Contrôle du rapport*

##### *Art. 961f CO*

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>2bis</sup> Le tribunal tient compte de cette confirmation lorsqu'il statue sur une action au sens de l'art. 55a.

<sup>3</sup> Les art. 729 et 730b s'appliquent par analogie.

*1a. Code de procédure civile du 19 décembre 2008*

*Art. 3*

<sup>2</sup> 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*

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

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

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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*

<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<sup>bis</sup>, al. 6, CO, sont régies par le droit suisse.

*Art. 142*

*4. Domaine du droit applicable*

<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.

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.

La Commission a publié un rapport explicatif relatif à ces propositions, en date du 13.9.2019 : [https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Rapport\\_de\\_la\\_commission\\_CAJ-E\\_16.077\\_2019-09-03.pdf](https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2016/Rapport_de_la_commission_CAJ-E_16.077_2019-09-03.pdf)

L'objet figurait à l'ordre du jour du Conseil des Etats le 26.9.2019. Il a été alors décidé de le biffer et de reporter la discussion à la prochaine séance, en décembre 2019, principalement afin d'intégrer dans la discussion la position du Conseil fédéral.

Cela a amené la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats à reprendre l'examen de son projet et de celui, dorénavant formulé en texte de loi, du Conseil fédéral. Cela a été fait le 21.11.2019, résultant dans le communiqué suivant :

Le Conseil des États ayant décidé, à la session d'automne, de supprimer le contre-projet indirect (16.077, projet 2) de l'ordre du jour de sa séance du 26 septembre 2019, la Commission des affaires juridiques du Conseil des États est revenue sur la discussion par article du 3 septembre 2019 et a examiné les propositions de l'administration que la conseillère fédérale responsable du dossier avait annoncées lors des délibérations au Conseil des États.

Se fondant sur les décisions du Conseil fédéral du 14 août 2019, l'Office fédéral de la justice a présenté des propositions de formulation pour un projet de loi qui oblige les entreprises à présenter des rapports portant sur le respect des droits humains et des normes environnementales, sur le modèle de la directive 2014/95/UE de l'Union européenne (UE) du 22 octobre 2014, et qui prévoit un devoir de diligence et une obligation de faire rapport dans les

domaines «minerais de conflit» (sur le modèle du règlement [UE] 2017/821) et «travail des enfants» (sur le modèle de la réglementation néerlandaise Child Labor Due Diligence).

Cette nouvelle approche se différencie du contre-projet indirect du Conseil national sur des points essentiels: elle porte systématiquement sur le droit comptable, le devoir de diligence se limite aux domaines «minerais de conflit» et «travail des enfants» et l'obligation de faire rapport concerne un champ d'application moins étendu (celui-ci n'est pas échelonné en fonction des risques et seules les «sociétés d'intérêt public» sont concernées). Par ailleurs, elle ne réglemente pas explicitement la responsabilité pour les entreprises contrôlées effectivement à l'étranger.

Par 7 voix contre 6, la commission a maintenu le contre-projet indirect adopté par le Conseil national et remanié par elle. Elle souligne qu'elle a affiné, amélioré et précisé la version du Conseil national à de nombreuses séances. Par exemple, elle a intégré dans le projet une procédure de conciliation afin de traiter des litiges résultant de prétentions envers une entreprise découlant de la responsabilité civile prévue par le contre-projet indirect du Conseil national. Elle considère que la nouvelle approche de contre-projet indirect mise sur la table par le Conseil fédéral ne remplit pas, et de loin, les conditions permettant un retrait de l'initiative; or, elle estime que le contre-projet indirect qui sera retenu doit justement mener au retrait de l'initiative.

Une minorité propose à son conseil d'adopter un contre-projet indirect se fondant sur la nouvelle approche. Elle estime que le projet du Conseil national va trop loin et s'apparente à une mise en œuvre de l'initiative. Cette nouvelle approche permettrait d'opposer à l'initiative un contre-projet qui s'aligne sur le droit européen.

Cette séance de la Commission a vu se former plusieurs minorités, qui se sont distinguées essentiellement selon qu'elles soutenaient les propositions déjà formulées lors de la réunion du 3.9.2019 ou celles du *Conseil fédéral*, rédigées par l'Office fédéral de la justice et publiées depuis lors. Ces propositions gouvernementales, outre qu'elles suppriment les dispositions relatives à la responsabilité, introduisent une réglementation sur la transparence et le rapport en matière non financière. (cf. texte *supra*).

La question figurait à l'ordre du jour de la séance du Conseil des Etats du 18.12.2019. Au terme du débat, la minorité Rieder *et al.*, qui soutenait le projet du Conseil fédéral, l'a emportée par 25 voix contre 13 pour une minorité Hefti, qui avait été préférée à la majorité par 24 :17 voix. L'objet est retourné au Conseil national pour la session du printemps au mois de mars 2020. La Commission des affaires juridiques de ce Conseil en était saisie afin de préparer le débat au plénum, le 31.1.2020. Elle n'a pas pu se rallier au contre-projet préparé par le Conseil des Etats. Elle a maintenu son projet dans une version remaniée, notant par ailleurs des positions minoritaires. Cela a été expliqué dans le communiqué du même jour :

À la session d'hiver 2019, le Conseil des États était entré en matière sur le contre-projet indirect à l'initiative pour des multinationales responsables (16.077, projet 2) et avait adopté un nouveau contre-projet indirect. Dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a décidé, par 14 voix contre 5 et 6 abstentions, de maintenir le contre-projet indirect de son conseil, qu'elle a remanié.

La Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) est d'avis que le projet de son conseil est davantage susceptible de fournir des directives claires et de garantir la sécurité du droit en ce qui concerne les problèmes soulevés par l'initiative pour des multinationales responsables. Les règles proposées s'intègrent bien dans la systématique du code des obligations, alors que la version du Conseil des États comporte de nombreuses notions équivoques et étrangères au droit suisse, car reprises du droit européen. La CAJ-N souligne que, dans la version du Conseil des États, la question de savoir si une société mère suisse est responsable des agissements de sa filiale étrangère dépend du droit étranger. La décision du Conseil des États ouvre ainsi la porte à une grande insécurité juridique sur la question de la responsabilité, plus précisément lorsqu'il s'agit de déterminer quelle responsabilité découle du droit étranger applicable. Avec le contre-projet du Conseil national, celle-ci serait au contraire jugée exclusivement selon le droit suisse et les conditions déterminant la responsabilité seraient restreintes à de nombreux égards (responsabilité uniquement pour des dommages causés à la vie, à l'intégrité corporelle d'autrui ou à la propriété, pas de responsabilité pour le comportement de tiers, pas de responsabilité personnelle des organes, etc.) et précisées par rapport à la responsabilité de l'employeur prévue par le droit en vigueur. La commission a revu la copie de son conseil sur plusieurs points. Pour ce faire, elle s'est principalement fondée sur les propositions que son homologue du Conseil des États avait formulées le 21 novembre 2019 et dont elle a adapté certains aspects.

Une minorité de la CAJ-N souhaite se rallier à la décision du Conseil des États. En effet, considérant que le contre-projet indirect du Conseil national s'apparente à une mise en œuvre de l'initiative, elle estime que les propositions soumises par le Conseil fédéral par décision du 14 août 2019 et adoptées par le Conseil des États constitueraient à l'inverse une solution équilibrée et économiquement supportable, qui permettrait d'harmoniser le droit suisse avec les normes européennes et tiendrait suffisamment compte des objectifs centraux de l'initiative.

Enfin, une minorité défend la position consistant à ne soutenir aucun contre-projet indirect (14 voix contre 7 et 4 abstentions). Elle propose de biffer toutes les dispositions matérielles du projet.

La procédure d'élimination des divergences relative au contre-projet indirect se poursuivra à la session de printemps prochaine. Le projet devra être soumis au vote final à cette session, en même temps que l'initiative populaire (cf. message 17.060), si l'on souhaite maintenir la possibilité d'un retrait conditionnel de cette initiative. Chaque conseil examinera encore deux fois le projet en question, avant qu'une conférence de conciliation ne doive, le cas échéant, être convoquée.

Der Ständerat ist in der Wintersession 2019 auf den indirekten Gegenentwurf zur Konzernverantwortungsinitiative (16.077, Entwurf 2) eingetreten und hat ein neues Konzept für einen indirekten Gegenentwurf verabschiedet. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat sich nun im Rahmen der Differenzbereinigung mit 14 zu 5 Stimmen bei 6 Enthaltungen dafür ausgesprochen, am indirekten Gegenentwurf des Nationalrates festzuhalten und hat diesen überarbeitet.

Die Kommission ist der Ansicht, dass der Entwurf des Nationalrates besser geeignet ist, klare Vorgaben und Rechtssicherheit für die von der Konzernverantwortungsinitiative aufgegriffene Problematik anzubieten. Die Regelung füge sich in die bekannte Systematik des schweizerischen Obligationenrechts ein, währenddessen das Konzept des Ständerates mit vielen unklaren und dem schweizerischen Recht unbekanntem Begriffen operiere, welche aus dem EU-Recht übernommen werden. Die Kommission weist darauf hin, dass sich die Frage, ob eine schweizerische Muttergesellschaft für ihre ausländische Tochter haftet, gemäss dem Konzept des Ständerates nach ausländischem Recht richte. Es bestehe bezüglich der Frage der Haftung beim Beschluss des Ständerates deshalb eine grosse Rechtsunsicherheit, welche Haftung sich aus dem anzuwendenden ausländischen Recht ergibt. Mit dem Gegenentwurf des Nationalrates würde die Haftungsfrage in Zukunft ausschliesslich nach schweizerischen Recht beurteilt und die Voraussetzungen für eine Haftung im Vergleich zur bereits nach geltendem Recht bestehenden Geschäftsherrenhaftung in vielerlei Hinsicht eingeschränkt (u.a Haftung nur bei Schäden an Leib und Leben oder Eigentum; keine Haftung für das Verhalten von Dritten; keine persönliche Haftung der Organe) und präzisiert. Die Kommission hat den ursprünglichen Entwurf des Nationalrates in verschiedenen Punkten überarbeitet. Sie hat sich dabei in erster Linie an den Anträgen der Rechtskommission des Ständerates vom 21. November 2019 orientiert und diese punktuell angepasst.

Eine Minderheit möchte sich dem Beschluss des Ständerates anschliessen. Sie weist darauf hin, dass der indirekte Gegenentwurf des Nationalrates beinahe einer Umsetzung der Initiative gleichkomme. Die vom Bundesrat mit Beschluss vom 14. August 2019 ins Spiel gebrachten und vom Ständerat verabschiedeten Vorschläge erachtet sie demgegenüber als ausgewogene und wirtschaftsverträgliche Angleichung des Schweizer Rechts an das europäische Niveau, welche den Kernanliegen der Initiative genügend Rechnung tragen.

Schliesslich gibt es eine Minderheit, welche gar keinen indirekten Gegenentwurf unterstützt (14 zu 7 Stimmen bei 4 Enthaltungen). Sie beantragt alle materiellen Bestimmungen aus dem Entwurf zu streichen.

Die Differenzbereinigung des indirekten Gegenentwurfs wird in der Frühjahrsession fortgesetzt. Die Vorlage muss in der Frühjahrsession 2020 zusammen mit der Volksinitiative 17.060 in die Schlussabstimmung, wenn die Möglichkeit eines bedingten Rückzugs der Initiative aufrechterhalten werden soll. Bis zu einer allfälligen Einigungskonferenz muss die Vorlage noch in jedem Rat zweimal beraten werden.

Parmi les dispositions proposées par la majorité de la Commission, on citera les plus topiques :

Art. 716a<sup>bis</sup> CO

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

<sup>6</sup> Par dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement à l'étranger, on entend les dispositions reconnues sur le plan international et contraignantes pour la Suisse en la matière. Le respect de ces dispositions implique que les entreprises s'abstiennent de se livrer à des activités qui les amèneraient à enfreindre ces dispositions. Le fait d'opérer dans un État qui enfreint les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement ne constitue pas à lui seul une violation de ces dispositions.

Art. 3 al. 2 CPC

<sup>2</sup> 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. Pour mener à bien la procédure, il peut faire appel à des personnes indépendantes et qualifiées. Le Conseil fédéral règle l'organisation de l'autorité de conciliation et sa surveillance.

Art. 212a CPC

*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. 139a LDIP

*g. 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 des sociétés tenues par le droit suisse de respecter les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement à l'étranger, à la suite d'une violation des dispositions précitées et en raison de dommages causés à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui ou à la propriété à l'étranger par une entreprise étrangère effectivement contrôlée par une société de ce type, sont régies par le droit suisse.

Art. 716a<sup>bis</sup> OR

*2a. Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland*

<sup>6</sup> Wo das Gesetz auf die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland verweist, sind damit die entsprechenden für die Schweiz verbindlichen, international anerkannten Bestimmungen gemeint. Die Einhaltung dieser Bestimmungen bedeutet, dass die Unternehmen von Tätigkeiten abzusehen haben, durch die sie diese Bestimmungen verletzen würden. Insbesondere bedeutet die Geschäftstätigkeit in einem Staat, der die Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt verletzt, für sich allein keine solche Verletzung.

Art. 3 Abs. 2 ZPO

<sup>2</sup> Für das Schlichtungsverfahren nach Artikel 212a ist eine besondere Schlichtungsbehörde zuständig. Der Bundesrat bezeichnet dafür den Nationalen Kontaktpunkt (NKP) für die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen. Dieser erfüllt seine Aufgaben als unabhängige Kommission. Er kann zur Durchführung des Verfahrens unabhängige, fachlich befähigte Personen einsetzen. Der Bundesrat regelt die Organisation der Schlichtungsbehörde und deren Aufsicht.

Art. 212a ZPO

*Grundsatz*

Bei Streitigkeiten nach Artikel 55a OR findet ein Schlichtungsverfahren vor der besonderen Schlichtungsbehörde nach Artikel 3 Absatz 2 statt. Artikel 198 Buchstabe f ist nicht anwendbar.

Art. 139a IPRG

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

<sup>1</sup> Ansprüche gegen Gesellschaften, die nach schweizerischem Recht zur Einhaltung der Bestimmungen zum Schutz der Menschenrechte und der Umwelt im Ausland verpflichtet sind, wegen Verletzungen dieser Bestimmungen und aufgrund von Schäden an Leib und Leben oder Eigentum, die ein von einer Gesellschaft tatsächlich kontrolliertes ausländisches Unternehmen im Ausland verursacht hat, unterstehen schweizerischem Recht.

Lors de la session de printemps, en mars 2020, les deux contre-projets ont fait la navette entre les deux Chambres. Le 5.3.2020, le Conseil national a approuvé son contre-projet par 110 voix contre 91. Le 9.3.2020, le Conseil des Etats a maintenu le sien par 24 voix contre 16. Lors de sa séance du 11.3.2020, le Conseil national a encore maintenu son contre-projet, votant par 97 : 92 contre le projet du Conseil des Etats (minorité I), et par 100 : 70 contre la minorité II qui refusait tout contre-projet. Le dossier aurait alors dû être transmis à la Conférence de conciliation, constituée par des représentants des deux Chambres, avant d'être soumis à nouveau aux deux Chambres. L'épidémie du Coronavirus a eu raison de ce processus, la troisième semaine de la session ayant été annulée. Depuis lors, les délais déterminant la fin du processus parlementaire et la fixation de la date de la votation populaire (envisagée pour le mois de novembre 2020) ont été suspendus (art. 1 de l'Ordonnance du 20.3.2020, RO 2020 p. 847). Lors de la session d'été, le sujet est revenu d'abord devant le Conseil des Etats le 2.6.2020 ; celui-ci a décidé de maintenir son contre-projet par 28 voix contre 17. La Conférence de conciliation en a été saisie le 4.6.2020 ; elle a proposé d'adopter le contre-projet du Conseil des Etats. Le contre-projet du Conseil national n'était dès lors plus éligible. Cela signifie que l'initiative devait être soumise au vote du peuple, le 29.11.2020. La seule question qui restait à trancher était de savoir si le contre-projet du Conseil des Etats sera également présenté à cette occasion. Le Conseil national l'a accepté, le 8.6.2020, par 99 voix contre 91 et le Conseil des Etats l'a suivi le lendemain, avec 28 contre 14 voix.

A la suite du rejet de l'initiative en votation populaire, ce contre-projet est devenu loi (RO 2021 846).

Il conviendra de ne pas oublier un autre repère de l'attitude suisse face au respect des droits de l'homme par des acteurs suisses opérant à l'étranger dans le domaine particulier du commerce de l'or, question soulevée par le postulat Recordon (n° 15.3877) du 21.9.2015 dont la teneur était 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.