

Ständerat

Conseil des Etats

Consiglio degli Stati

Cussegl dals stadis



## 16.077 n CO. Droit de la société anonyme (projet 2)

---

Rapport de la Commission des affaires juridiques du 19 février 2019

---

La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) a adopté le 19 février 2019 le contre-projet indirect ([16.077](#), projet 2) à l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement ([17.060](#)). Le présent rapport explique les dispositions du contre-projet indirect adopté par le Conseil national le 14 juin 2018 qui ont été modifiées ou introduites par la CAJ-E.

### Propositions de la commission

Voir les propositions de la commission et des minorités sur le [dépliant 16.077, projet 2](#).

Rapporteur(s) : Engler (d).

Pour la commission :  
Le président

Robert Cramer

Contenu du rapport

- 1 Situation initiale
- 2 Explications concernant les différentes propositions de la commission



## 1 Situation initiale

La CAJ-E a décidé le 17 octobre 2018, par 9 voix contre 2 et 1 abstention, d'entrer en matière sur le [contre-projet indirect à l'initiative populaire fédérale « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement »](#) que le Conseil national a adopté le 14 juin 2018 dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (16.077, projet 2). Elle a également décidé de charger une sous-commission de poursuivre les travaux menés sur le contre-projet indirect, et notamment d'examiner, avec l'aide de l'administration et compte tenu des auditions menées le 21 août 2018 par la commission, le texte adopté par le Conseil national et d'en faire rapport à la commission dans le courant du 1<sup>er</sup> trimestre 2019<sup>1</sup>.

La sous-commission de la CAJ-E s'est réunie le 5 novembre, le 29 novembre et le 12 décembre 2018, le 18 janvier et le 11 février 2019 pour discuter du contre-projet indirect.

La CAJ-E a adopté le contre-projet indirect le 19 février 2019 par 6 voix contre 4 et 3 abstentions.

## 2 Explications concernant les différentes propositions de la commission

Le présent rapport explique les dispositions du contre-projet indirect adopté par le Conseil national le 14 juin 2018 qui ont été modifiées ou introduites par la CAJ-E.

En l'absence de remarque, les explications données dans le [rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 18 mai 2018<sup>2</sup> conservent toute leur validité.](#)

### 2.1 Responsabilité

#### 2.1.1 Remarques préliminaires sur la systématique de la loi

Sur le plan de la systématique, le Conseil national a placé la disposition sur la responsabilité, dans son contre-projet indirect, sous la responsabilité de l'employeur (art. 55 CO) et ce, dans de nouveaux al. 1<sup>bis</sup> et 1<sup>ter</sup>. Il s'est appuyé, pour ce faire, sur les opinions de la doctrine qui approuvent le principe de l'application de la responsabilité de l'employeur au sens de l'art. 55, al. 1, CO en vigueur aux personnes morales. Le Tribunal fédéral ne s'est jusqu'ici exprimé sur la question de l'application de l'art. 55 CO aux personnes morales que dans un *obiter dictum*<sup>3</sup>. Dans un cas relevant du droit suisse, il n'a pas exclu d'emblée l'application de l'art. 55 CO aux groupes, mais a exigé un rapport de subordination, chose qui doit s'exprimer par un lien contractuel. Dans ce contexte, et pour tenir compte des critiques exprimées lors des auditions, la CAJ-E propose de transférer les règles prévues par le Conseil national dans un nouvel art. 55a P-CO.

Le titre précédant l'art. 55 CO doit donc être « C. Responsabilité de l'employeur et responsabilité pour les entreprises contrôlées effectivement ». L'ancien titre de l'art. 55 CO reste inchangé, mais il est numéroté (« I. Responsabilité de l'employeur »), tandis que l'art. 55a P-CO proposé reçoit pour titre « II. Responsabilité pour les entreprises contrôlées effectivement ».

La responsabilité au sens du nouvel art. 55a, P-CO a été définie de manière neutre du point de vue de la forme juridique.

<sup>1</sup> [Communiqué de presse du 17 octobre 2018.](#)

<sup>2</sup> [Rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du 18 mai 2018 sur les propositions de la commission en vue du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme](#)

<sup>3</sup> Arrêt du TF du 11 juin 1992 (R. Inc. c. S. SA), résumé dans: Revue suisse de droit des affaires et du marché financier SZW/RSDA, 65<sup>e</sup> année, 6/1993, p. 308 et Semaine Judiciaire, 1992, p. 627-628.



### 2.1.2 Explications concernant l'art. 55a P-CO

Les al. 1<sup>bis</sup> et 1<sup>ter</sup> de l'art. 55 du projet du Conseil national sont *biffés* et leur contenu transféré à l'art. 55a P-CO. Pour tenir compte des critiques d'ordre rédactionnel émises lors des auditions, le contenu de l'art. 55, al. 1<sup>bis</sup>, P-CO a été subdivisé en deux alinéas à des fins de clarté. Le nouvel art. 55a, al. 1, P-CO règle les conditions de responsabilité, l'al. 2 la preuve libératoire.

L'**al. 1** correspond, à part quelques modifications rédactionnelles, au contenu de l'art. 55, al. 1<sup>bis</sup>, 1<sup>re</sup> phrase, P-CO du Conseil national. Les termes « Ces principes s'appliquent [...] » ont été biffés et l'expression « [...] y compris à l'étranger [...] » déplacée.

La CAJ-E n'a aussi apporté que des modifications d'ordre rédactionnel à l'**al. 2** (les mots « en particulier » ont été biffés et la formulation « [...] qu'elles ont pris les mesures de protection des droits de l'homme et de l'environnement prévues par la loi [...] » remplacée par « [...] qu'elles ont pris les mesures prévues à l'art. 716a<sup>bis</sup> [P-CO] [...] »). Au plan matériel, la disposition correspond à l'art. 55, al. 1<sup>bis</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, P-CO du Conseil national.

L'art. 55a, al. 1 et 2, régit les aspects suivants :

- L'**al. 1** règle les conditions de la responsabilité. La preuve doit être apportée par le demandeur ou la partie lésée. Il s'agit des éléments suivants :
  - le dommage (à la vie et l'intégrité corporelle ou la propriété) ;
  - le lien de causalité naturelle et adéquate entre l'acte dommageable et le dommage ;
  - le lien fonctionnel (« [...] dans l'exercice de leur activité professionnelle ou commerciale [...] ») ;
  - le rapport de subordination (« [...] entreprises qu'elles contrôlent effectivement [...] ») ;
  - l'illicéité (c'est-à-dire la violation de dispositions visant à protéger les droits de l'homme et l'environnement).
- L'**al. 2** donne à la partie défenderesse la possibilité d'apporter la preuve libératoire, autrement dit la preuve que l'entreprise a pris les mesures prévues à l'art. 716a<sup>bis</sup> P-CO pour empêcher un dommage de ce type ou qu'elle ne pouvait pas influencer le comportement de l'entreprise contrôlée concernée par lesdites violations légales.

L'**al. 3** précise le cercle des entreprises dont la société mère répond du comportement. Sa nouvelle teneur doit formuler de manière positive – contrairement à la disposition prévue par le Conseil national à l'art. 55, al. 1<sup>ter</sup>, P-CO – les cas dans lesquels le contrôle est effectif. Une entreprise en contrôle réellement une autre lorsqu'elle exerce effectivement une influence ou un contrôle sur elle. La dépendance purement économique ne fonde pas un contrôle effectif. La nouvelle formulation repose sur la définition que l'art. 963, al. 2, ch. 1, CO donne du groupe. La disposition indique les cas dans lesquels une personne morale est tenue d'établir des comptes annuels consolidés (comptes du groupe). Conformément à cette disposition, la *possibilité* d'une influence ou d'un contrôle suffit, aucun contrôle effectif n'est par conséquent exigé. En raison du fait que l'art. 963, al. 2, ch. 1, CO n'exige pas de contrôle effectif, la teneur de cette norme devrait être adaptée pour être reprise à l'art. 55a, al. 3, P-CO. Une entreprise n'est donc responsable d'une autre que lorsqu'elle exerce *effectivement* une influence ou un contrôle sur elle. Comme à l'art. 963, al. 2, ch. 1, CO, les ch. 1 à 3 de l'art. 55a, al. 3, P-CO règlent trois cas dans lesquels il y a contrôle effectif.

La formulation a été adaptée de manière à ce que, selon l'art. 55a, al. 3, ch. 1, P-CO, l'entreprise doive effectivement disposer ou avoir disposé de la majorité des voix pour qu'on puisse parler d'influence ou de contrôle effectif. La simple possibilité de l'exercice de la majorité des droits de vote ne suffit donc pas. Selon l'art. 55a, al. 3, ch. 2, P-CO, la société mère doit *avoir* effectivement nommé ou révoqué, directement ou indirectement, la majorité des membres des organes supérieurs



de direction et d'administration (la simple possibilité ne suffit pas). Les contrats au sens de l'art. 55a, al. 3, ch. 3, P-CO ne sont pas des contrats susceptibles de créer une dépendance économique (par ex. prêt, cautionnement, achat exclusif et distribution exclusive). Il s'agit bien plus de droits accordés contractuellement qui permettent à l'entreprise qui contrôle d'exercer une influence *dominante*. Tel serait le cas si l'entreprise dominante avait contractuellement le droit de donner des ordres ou des directives à son partenaire contractuel et d'ordonner à ce dernier, porteur de droits de vote, de nommer ou révoquer la majorité des membres des organes supérieurs d'administration et de direction de l'entreprise contrôlée.

L'al. 4 énonce clairement que cette disposition (l'art. 55a P-CO) ne fonde aucune responsabilité du fait de relations commerciales avec des tiers. On entend par tiers des fournisseurs ou des entreprises appartenant à la chaîne des fournisseurs. L'exclusion de la responsabilité envers les tiers a été ancrée explicitement dans la loi. La sécurité du droit s'en trouve accrue. L'exclusion ne figurait pas dans le projet du Conseil national, seulement dans le rapport complémentaire.

**Al. 5** : cette disposition correspond matériellement aux art. 759a et 918a, P-CO et à l'art. 69a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CC du projet du Conseil national. L'art. 55a, al. 5, P-CO remplace ces trois dispositions. Il est neutre du point de vue de la forme juridique et est formulée de manière plus claire.

**Al. 6** (règle de subsidiarité) : cette disposition est nouvelle. Elle contient une règle de subsidiarité sur le modèle du droit régissant le cautionnement (art. 495 CO). Il ne doit être possible d'agir contre l'entreprise qui contrôle que lorsqu'il est vraisemblable que l'action intentée contre l'entreprise contrôlée, qui a causé le dommage, est impossible, difficile ou dépourvue de chance de succès.

Il est possible d'agir contre l'entreprise qui contrôle, d'une part, quand l'entreprise contrôlée a fait faillite ou bénéficié d'un sursis concordataire (let. a), autrement dit qu'elle est insolvable ou proche de l'insolvabilité. Dans pareille situation, il est probable que le dommage subi par la victime ne pourra être partiellement ou complètement réparé par la filiale responsable.

Il est aussi possible d'agir contre l'entreprise qui contrôle, d'autre part, lorsqu'il est rendu vraisemblable que l'action en justice intentée à l'étranger contre l'entreprise contrôlée est sensiblement entravée par rapport à une action introduite en Suisse contre l'entreprise exerçant le contrôle (let. b). Tel est le cas, par ex., quand il est peu probable que la juridiction étrangère rende une décision dans un délai convenable (cf. art. 9, al. 1, LDIP) ou que la décision étrangère soit reconnue en Suisse, parce qu'elle est incompatible avec l'ordre public suisse ou que le droit d'être entendu n'est pas garanti.

Une minorité (Levrat, Cramer, Engler, Janiak, Jositsch, Seydoux) propose que la règle de subsidiarité soit abandonnée (l'al. 6 biffé).

#### **Règlementation « sans responsabilité » :**

Une minorité (Hefti, Rieder, Schmid Martin) propose que les dispositions sur la responsabilité soient biffées, autrement dit que le contre-projet indirect prévoie l'obligation de diligence et de rapport, mais ne règle pas la responsabilité. Dans ce cas, il faudrait biffer les articles et titres suivants : 55, titre, al. 1<sup>bis</sup>, al. 1<sup>ter</sup>, art. 55a, art. 716a<sup>bis</sup>, al. 7, art. 759a, art. 918a, titre précédant l'art. 961e, titre précédant l'art. 961f, art. 961f, P-CO, art. 69a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CC, art. 139a et art. 142, al. 3, P-LDIP. L'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 4, P-CO devrait être complété par la phrase « Le rapport est rendu public. », parce que l'art. 961e ayant le même contenu dans la variante « sans responsabilité » serait également supprimé. La responsabilité spéciale prévue à l'art. 55a P-CO pour les entreprises effectivement contrôlées serait abandonnée.

La question se pose de savoir si, dans ce cas, pour autant que le droit suisse soit applicable lorsqu'il y a violation du devoir de diligence au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup> P-CO, la responsabilité de l'employeur



prévue à l'art 55, al. 1, CO en vigueur s'appliquerait aux personnes morales, et aux groupes, comme l'approuve la doctrine dominante dans certaines circonstances (cf. ch. 2.1.1).

## **2.2 Mesures prises par le Conseil d'administration pour assurer le respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, en Suisse et à l'étranger**

### **2.2.1 Explications concernant l'art. 716a, al. 1, ch. 10, P-CO**

A l'**al. 1, ch. 10**, le renvoi est modifié par rapport au projet du Conseil national parce que la rédaction du rapport concernant le respect des dispositions sur la protection des droits de l'homme et de l'environnement ne figure plus à l'art. 961e P-CO, mais à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, P-CO. L'art. 961e P-CO ne contient plus que l'obligation de rendre le rapport public.

### **2.2.2 Explications concernant l'art. 716a<sup>bis</sup> P-CO**

**Al. 1** : la disposition n'a été modifiée qu'au plan rédactionnel. La 1<sup>re</sup> phrase a été complétée par le terme « devoir de diligence » entre parenthèses. Il faut en effet le mentionner dès le départ, car il revient aux art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2, et 961f, al. 2<sup>bis</sup>, P-CO. Pour rendre la disposition plus claire, les 2<sup>e</sup> à 4<sup>e</sup> phrases de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, P-CO ont été réparties entre les ch. 1<sup>bis</sup> et 4. L'obligation de rapport est régie par le ch. 4. Elle englobe tous les devoirs mentionnés aux ch. 1 à 3 qui précèdent.

**Al. 2** : le contenu de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, 5<sup>e</sup> phrase, P-CO du Conseil national a été transféré à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CO à des fins de clarté. Le cercle des acteurs couverts par le terme de « tiers » est plus large que celui du terme « sous-traitants ». Ces derniers sont compris dans « tiers ». Selon les [principes directeurs de l'OCDE](https://www.oebu.ch/admin/data/files/section_asset/file_de/2775/140522_leitprinzipien_wirtschaft_un_d_menschenrechte%5b1%5d.pdf?lm=1519919238principes_directeurs_de_l'ONU) (p. 27) (cf. aussi les [https://www.oebu.ch/admin/data/files/section\\_asset/file\\_de/2775/140522\\_leitprinzipien\\_wirtschaft\\_un\\_d\\_menschenrechte%5b1%5d.pdf?lm=1519919238principes\\_directeurs\\_de\\_l'ONU](https://www.oebu.ch/admin/data/files/section_asset/file_de/2775/140522_leitprinzipien_wirtschaft_un_d_menschenrechte%5b1%5d.pdf?lm=1519919238principes_directeurs_de_l'ONU), commentaire du ch. 13), le terme de « relations d'affaires » englobe les relations avec des « partenaires commerciaux, des entités appartenant à la chaîne d'approvisionnement ou toute autre entité, publique ou non, directement liée à ses activités, ses produits ou ses services ». Le champ d'application du devoir de diligence qui figurera dans le droit des sociétés est vaste et englobe les relations d'affaires allant au-delà du groupe, autrement dit toute la chaîne de création de valeur et tout la chaîne d'approvisionnement. La disposition régissant la responsabilité est en revanche formulée de manière plus étroite : le groupe ne répondra que des activités menées en son sein. Toute responsabilité découlant de relations d'affaires avec des « tiers » sera exclue (cf. art. 55a, al. 4, P-CO). L'exclusion de la responsabilité ne mentionne explicitement que les « tiers », la responsabilité se limitera donc effectivement aux entreprises contrôlées. Une minorité (*Caroni, Abate, Minder, Rieder, Schmid Martin, Vonlanthen*) propose que l'obligation de diligence soit limitée aux « sous-traitants ».

**Al. 2<sup>bis</sup>** : le contenu de la disposition coïncide avec celui de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2, du projet du Conseil national. Seule une adaptation structurelle a été opérée. Le contenu de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, 5<sup>e</sup> phrase, du projet du Conseil national ayant été déplacé à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CO, il a fallu créer un art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2<sup>bis</sup>, P-CO pour y inscrire le contenu de l'ancien art. 716a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CO.

**Al. 4** : la disposition a été modifiée sur le plan rédactionnel. Il faut indiquer clairement qu'il s'agit de dispositions qui sont applicables en Suisse mais que le Conseil d'administration doit être tenu de prendre des mesures pour les respecter également à l'étranger.

**Al. 5** : la norme a été subdivisée en un ch. 1 et un ch. 2 pour en améliorer la compréhension.



**Al. 6** : la disposition contient d'abord une précision par rapport au projet du Conseil national. Le terme « reconnues » a été introduit dans la norme, indiquant clairement que tous les accords bilatéraux ne sont pas visés, mais seulement les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement qui sont contraignantes pour la Suisse et reconnues à l'échelle internationale.

Selon les principes directeurs de l'ONU (cf. le commentaire du ch. 12), « comme les entreprises peuvent avoir une incidence sur pratiquement tout l'éventail des droits de l'homme internationalement reconnus, la responsabilité qui leur incombe de respecter s'applique à tous ces droits ». En conséquence, la responsabilité qui leur incombe s'étend quantitativement, par principe, à *tous* ces droits. Qualitativement, la responsabilité de l'entreprise englobe une *obligation de respect*, tandis que les Etats ont aussi une obligation de protection et une obligation de garantie. Partant, la disposition prévue à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 6, P-CO précise le champ d'application comme suit : les dispositions internationales relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger, n'entrent en ligne de compte que lorsqu'elles doivent aussi, « dans la mesure où elles s'y prêtent, être réalisées à l'égard d'entreprises ».

Cette formulation tient compte d'une critique émise lors des auditions. De plus, elle s'inspire de l'art. 35, al. 3, Cst., qui prévoit que les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Pour mettre en œuvre l'art. 35, al. 3, Cst., il faut un acte d'application (effet horizontal indirect de la protection des droits de l'homme entre particuliers, cf. BSK BV-WALDMANN, 2015, art. 35 Cst., ch. 58, 60 ; SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, art. 35 Cst., ch. 52).

Selon les explications figurant dans le rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 18 mai 2018 (p. 4), le respect des dispositions internationales reconnues sur la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger, « vise plutôt à ce que les conseils d'administration concrétisent leur devoir de diligence (art. 717, al. 1, CO), au sens d'une action indirecte auprès de tiers, conformément aux dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ». Dans la protection internationale des droits de l'homme, on trouve par ailleurs les « obligations positives ». Il s'agit d'obligations de l'Etat qui visent à concrétiser les droits fondamentaux dans les relations entre particuliers ou à protéger efficacement les particuliers des atteintes d'autres particuliers.

Parmi les droits fondamentaux qui se prêtent à être réalisés dans les relations entre les particuliers, on trouve avant tout les libertés (BSK BV-WALDMANN, 2015, art. 35 Cst, ch. 62). Les droits fondamentaux ayant *vocation protectrice* s'y prêtent aussi (KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Berne 2018, p. 53, ch. 90). Les droits fondamentaux qui permettent aux individus de prétendre, dans la procédure sur le fond, à des prestations de l'Etat (droits sociaux) ou à la participation à la formation de la volonté politique (droits politiques) et à une procédure (garanties de procédure) ne se prêtent pas, en revanche, à être réalisés dans les relations entre particuliers. Il en va de même pour les droits fondamentaux qui prescrivent à l'Etat des directives générales pour l'organisation de son ordre juridique et de ses relations avec les citoyens (comme les principes de l'interdiction de l'arbitraire et de l'égalité de traitement, la protection contre l'expulsion, l'extradition et le renvoi ou le droit de pétition [BSK BV-WALDMANN, 2015, art. 35 Cst., ch. 63]).

Parmi les droits fondamentaux à vocation protectrice qui se prêtent à être réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux au sens de l'art. 35, al. 3, Cst., on trouve notamment : le droit à la vie, le droit à la liberté personnelle et en particulier la protection de la santé, le droit à la protection particulière de l'intégrité des enfants et des jeunes et le droit à la protection contre l'usage abusif de données personnelles, et par conséquent de la sphère privée (KIENER REGINA/KÄLIN



WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Berne 2018, p. 138, ch. 25 ; p. 35, ch. 18 ; p. 159, ch. 54 s.). La protection de la propriété compte aussi au nombre des droits fondamentaux qui se prêtent à être réalisés dans les relations entre particuliers (cf. BSK BV-WALDMANN, 2015, art. 26 Cst, ch. 32). La propriété au sens des droits réels (art. 641 ss CC) et d'autres droits patrimoniaux du droit privé et du droit public, comme les droits réels et les droits des obligations, jouissent notamment de la protection que la Constitution assure aux droits fondamentaux (KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Berne 2018, p. 350, ch. 10). La protection de la propriété, dans le contexte de l'art. 716a<sup>bis</sup> P-CO, vise avant tout les atteintes aux droits de propriété, au sens du droit matériel, dues à des dommages environnementaux.

La doctrine et, ponctuellement, la jurisprudence, attribuent à quelques droits fondamentaux un effet horizontal dit *direct*, c'est-à-dire qu'aucun acte d'application n'est nécessaire pour que ces droits puissent être réalisés dans les relations qui lient les particuliers (cf. BSK BV-WALDMANN, 2015, art. 35 Cst., ch. 60, KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, Berne 2018, p. 26, ch. 12.). Exemples : protection contre l'esclavage et le travail forcé, protection de l'intégrité physique et psychique de la personne, liberté de réunion et d'association, diverses interdictions de la discrimination ou le droit de grève (cf. sélection opérée par SCHWEIZER, St. Galler Kommentar, art. 35 Cst., ch. 60 et 61).

Concernant les dispositions sur la protection de l'environnement, nous renvoyons aux explications données dans le [rapport complémentaire de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 18 mai 2018](#) (p. 6 et 10). Les atteintes portées aux droits de l'homme sont souvent la répercussion de dommages causés à l'environnement ou se produisent en parallèle. Il y a donc une interaction entre les droits de l'homme et l'environnement. On peut citer comme exemples : l'exploitation de décharges illégales, la pollution de l'eau, les nuisances sonores des aéroports, les émissions de poussières et d'odeurs des carrières, la culture de produits agricoles recourant à des insecticides dangereux pour la santé et dommageables pour l'environnement quand ces activités nuisent à la santé des personnes concernées<sup>4</sup>.

L'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 6, P-CO reprend le principe de l'effet horizontal indirect de la protection des droits de l'homme entre particuliers, comme nous l'avons dit plus haut (cf. 2<sup>e</sup> paragraphe). Il s'inspire ce faisant de l'art. 35, al. 3, Cst., qui prévoit que les autorités veillent à ce que les droits fondamentaux, « dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux ». L'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 6, P-CO – à la différence de l'art. 35, al. 3, Cst., – n'utilise pas les termes de « entre particuliers », mais ceux de « à l'égard d'entreprises ». Cette formulation permet d'inclure, parallèlement à la protection des droits de l'homme, celle de l'environnement. Elle ne précise pas – à la différence de l'art. 35, al. 3, Cst., – si l'entreprise, en tant que sujet de droit, se trouve face à des « particuliers » (au sens de personnes) ou s'il en va de l'environnement.

**Al. 7 :** la disposition est nouvelle. Elle précise la norme qui s'applique au conseil d'administration qui viole ses obligations de diligence.

### 2.3 Responsabilité exclue

Le contenu des art. 759a et 918a P-CO ainsi que de l'art. 69a<sup>bis</sup>, al. 2, P-CC du projet du Conseil national a été transféré à l'art. 55a, al. 5, P-CO. C'est pourquoi ces dispositions ont pu être biffées.

### 2.4 Rapport des entreprises, art. 961e P-CO

Le titre précédant l'art. 961e P-CO est maintenant : « A. Publication du rapport ».

<sup>4</sup> Cf. [Manuel sur les droits de l'homme et l'environnement. Editions du Conseil de l'Europe, 2e édition, 2012.](#)



**Art. 961e** : le rapport sur le respect du devoir de diligence est maintenant réglé à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, P-CO. Dans le projet du Conseil national, il était régi par l'art. 961e, al. 1, et l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, P-CO. L'art. 961e P-CO ne prévoit plus que l'obligation de le rendre public.

## 2.5 Contrôle du rapport, art. 961f P-CO

Le titre précédant 961f P-CO est maintenant : « B. Contrôle du rapport ».

Les **al. 1 et 2** reprennent une question que la rapporteuse de la commission a adressée explicitement au Conseil des Etats :

« Es ist zudem ein Anliegen unserer Kommission, dass der Ständerat ein weiteres Element prüft, wofür wir noch keinen Formulierungsvorschlag gefunden haben; nämlich, dass sich Unternehmen bestätigen lassen können, dass sie Menschenrechte und Umweltvorschriften einhalten, dies zertifizieren respektive durch die Revisionsgesellschaft bestätigen lassen. Dies sollte dahingehend haftungsrechtliche Konsequenzen haben, dass Unternehmen damit die Sicherheit haben, dass sie den Anforderungen des Gesetzes Genüge getan haben. » (Votum Markwalder AB 2018 N 1075 / BO 2018 N 1075).

La CAJ-E propose en conséquence un nouvel art. 961f, al. 1 et 2, P-CO, en vertu duquel l'entreprise peut faire contrôler et confirmer par un expert-réviseur agréé le rapport au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, P-CO. Il s'agit d'une « disposition potestative » : l'entreprise n'est pas obligée de le faire. Le contrôle, s'il y a lieu, est fait sur mandat (droit du mandat, art. 394 ss CO), c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie intégrante de la révision (limitée/ordinaire) des comptes annuels que le réviseur exécute en qualité d'organe de la société et qui porte principalement sur des aspects financiers. Au contraire, le rapport est de nature non financière. C'est le conseil d'administration qui donne le mandat. Il serait donc illogique que le rapport au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, P-CO soit contrôlé dans le cadre de la révision des comptes annuels. On peut toutefois envisager que l'organe de révision se charge aussi du contrôle du rapport du devoir de diligence (en dehors du contrôle des comptes annuels).

L'**al. 2** règle l'objet et l'étendue du contrôle au sens de l'art. 961f, al. 1, P-CO. Il prévoit que l'expert-réviseur agréé vérifie s'il existe des faits dont il résulte que l'établissement du rapport (au sens des art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, et 961e P-CO) n'est pas conforme aux dispositions légales. Il s'agit là d'une assurance limitée (assurance dite négative), analogue à la révision limitée des comptes annuels par le réviseur (cf. art. 729a CO).

**Al. 2<sup>bis</sup>** : lorsqu'un expert-réviseur agréé a contrôlé et confirmé sans réserve le rapport (au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, P-CO) conformément à l'art. 961f, al. 1 et 2, P-CO, le tribunal doit tenir compte de cette confirmation lorsqu'il apprécie les preuves pour statuer sur une action au sens de l'art. 55a P-CO.

**Al. 3** : lors du contrôle (par l'expert-réviseur agréé), l'art. 961f, al. 3, P-CO prévoit que les dispositions sur l'indépendance de l'organe de révision (art. 728 CO) et sur l'information par le conseil d'administration et le maintien du secret (art. 730b CO) s'appliquent par analogie. Il faut déclarer explicitement que les dispositions des art. 728 et 730b CO s'appliquent par analogie, parce que le rapport au sens de l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 1, ch. 3, en relation avec l'art. 961f P-CO, est contrôlé séparément, sur mandat, indépendamment de la révision des comptes annuels.





## 2.6 Droit international privé

### 2.6.1 Explications concernant l'art. 139a P-LDIP

L'art. 139a P-LDIP consacre l'application du droit suisse. Il assure que la nouvelle disposition régissant la responsabilité puisse réellement être appliquée.

L'application du droit suisse garantit la *sécurité du droit*. Il est indispensable que les entreprises sachent à l'avance à quelles règles elles doivent se tenir et selon quels critères elles seront jugées. La soumission au droit suisse de l'ensemble de la prétention *facilite l'application du droit* par les tribunaux. Elle permet d'empêcher un morcellement des ordres juridiques applicables aux différentes conditions de responsabilité et d'éviter les incohérences dans l'application du droit.

L'application du droit suisse *exclut le risque de dommages-intérêts exorbitants qu'autorisent les droits étrangers*. L'interdiction de l'enrichissement qui prévaut en Suisse ne permet pas d'obtenir davantage que la réparation du dommage réel. Le calcul de l'indemnisation repose sur les frais de guérison et le coût de la vie ou le salaire au lieu de domicile des victimes. L'application du droit suisse ne signifie donc pas que les sommes devant être versées en réparation correspondent aux montants des lésions corporelles ou pertes de gain usuelles en Suisse ; on se fonde sur les conditions régnant à l'échelle locale.

Le renvoi à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 6, P-CO montre clairement que toutes les fois où des « dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement » sont mentionnées, elles doivent être interprétées dans le sens de cet article.

L'art. 139a P-LDIP se limite à la *responsabilité pour les entreprises effectivement contrôlées*. Le droit applicable à la responsabilité d'une société pour un comportement qui lui est *directement* imputable n'est pas modifié en revanche et obéit aux règles générales du droit international privé (art. 133 LDIP). Cela correspond aussi à la volonté du Conseil national de s'écarter aussi peu que possible et autant que nécessaire des règles générales éprouvées de l'art. 133 LDIP.

Les al. 2 et 3 de l'art. 139a P-LDIP du contre-projet indirect du Conseil national peuvent tout simplement être biffés. L'art. 142, al. 1, LDIP prévoit déjà expressément que les conditions de la responsabilité et la personne du responsable sont déterminés par le « droit applicable », chose qui signifie ici le droit suisse. Le droit suisse prévoit donc que la responsabilité se limite aux atteintes portées à la vie, l'intégrité corporelle et la propriété, quels sont les devoirs de diligence et quelles sont les possibilités de décharge. L'art. 139a, al. 3, P-LDIP n'a plus de raison d'être puisqu'il n'y a plus à élire le droit applicable, le droit suisse l'étant de toute manière.

### 2.6.2 Explications concernant l'art. 142, al. 3, P-LDIP

Tandis que la responsabilité est réglée dans le droit de la responsabilité délictuelle, les obligations de comportement incombant aux entreprises (« devoir de diligence ») sont régies par le droit des sociétés. Ces deux domaines du droit sont soumis aux différentes règles du droit international privé : le droit suisse s'applique toujours à la responsabilité au sens de l'art. 139a P-LDIP ; en revanche, les devoirs de diligence sont régis par le droit en vigueur au siège statutaire de la société (art. 154 LDIP). L'art. 142, al. 3, P-LDIP a pour but de coordonner entre elles ces règles du droit international privé. Il est important, parce qu'il peut être utile de savoir à quels devoirs de diligence une entreprise est soumise pour pouvoir déterminer l'illicéité et la faute.

En règle générale, une société-mère dont le siège statutaire est en Suisse doit répondre d'un acte illicite de sa filiale à l'étranger. Dans ce cas, les règles du droit international privé régissant le droit de la responsabilité délictuelle aussi bien que le droit des sociétés concluent à l'application du droit suisse.



Mais si la société poursuivie en Suisse a son *siège statutaire à l'étranger*, le problème est que l'art. 55a P-CO n'est applicable qu'aux sociétés qui sont tenues « par la loi » de respecter les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. Le terme de « loi » vise l'art. 716a<sup>bis</sup> P-CO, qui ne vaut pourtant que pour les sociétés ayant leur *siège statutaire* en Suisse, parce qu'il s'agit de dispositions du droit des sociétés (art. 154 LDIP). L'art. 142, al. 3, P-LDIP offre une solution : il énonce clairement que les obligations de diligence prévues par le droit des sociétés (étranger) peuvent dans ce cas être prises en compte dans le cadre de l'appréciation de l'illicéité (atteinte aux normes de comportement) ou de la faute (atteinte au devoir de diligence).

Le nouvel art. 142, al. 3, P-LDIP permet en outre, lors d'une action contre une entreprise en raison d'un comportement qui lui est *directement* imputable, de prendre en considération les devoirs de diligence prévu par le droit des sociétés. Ces règles seraient, sinon, supplantées par le droit de la responsabilité délictuelle, qui définit par principe les conditions de responsabilité et par conséquent l'illicéité et la faute (art. 142, al. 1, LDIP).

Le renvoi à l'art. 716a<sup>bis</sup>, al. 6, P-CO montre clairement que toutes les fois où des « dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement » sont mentionnées, elles doivent être interprétées dans le sens de cet article.