

Nationalrat

Conseil national

Consiglio nazionale

Cussegl naziunal



16.077 n CO. Droit de la société anonyme

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

Dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme (16.077), la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) dépose de nouvelles propositions destinées à constituer un contre-projet indirect à l'initiative populaire « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement ». Ces propositions n'ont pas été soumises à la consultation sur la révision du droit de la société anonyme puisqu'elles ne figuraient pas dans le projet du Conseil fédéral. Aussi la commission a-t-elle décidé d'adresser à ce sujet un rapport explicatif écrit au Conseil national.

La CAJ-N a chargé le conseiller national Hans-Ueli Vogt de rédiger, par le présent rapport, le commentaire des propositions de la commission.

Propositions de la commission et des minorités

Voir propositions de la commission et des minorités sur le dépliant concernant les *art. 55, al. 1^{bis} et 1^{ter}; 716a, al. 1, ch. 5 et 10 ; 716a^{bis} ; 759a ; 810, al. 2, ch. 4 ; 810a ; 901 ; 918a ; 961e du code des obligations (CO) ; art. 69a^{bis} du code civil (CC), art. 139a de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)*.

Rapporteurs : Markwalder (d), Fehlmann-Rielle (f)

Pour la commission :
Le président

Pirmin Schwander

Contenu du rapport

- 1 Situation initiale
- 2 Commentaire des différentes propositions de la commission



1 Situation initiale

1.1 Travaux de la commission

Le 19 avril 2018, par 18 voix contre 1 et 2 abstentions, la commission s'est déclarée favorable au principe du dépôt d'un contre-projet indirect à l'initiative populaire [17.060](#) é « Entreprises responsables – pour protéger l'être humain et l'environnement » dans le cadre de la révision du droit de la société anonyme ([16.077](#)). Le 2 mai 2018, elle a achevé l'examen des différentes dispositions du contre-projet indirect, qu'elle a approuvées par 14 voix contre 10 et 1 abstention. La commission vise ainsi à favoriser le retrait de l'initiative populaire. À sa séance du 18 mai 2018, elle a approuvé et adopté le présent rapport. Une minorité (Zanetti, Bauer, Burkart, Egloff, Geissbühler, Nidegger, Reimann Lukas, Rickli Natalie, Tuena) souhaite renoncer au dépôt d'un contre-projet indirect et propose donc au conseil de biffer les dispositions en question du projet de révision du droit de la société anonyme.

L'initiative sur les entreprises responsables ([17.060](#)) est pendante devant la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E). Cette dernière a suspendu ses travaux dans l'attente des décisions qui seront prises par le Conseil national sur la révision du droit de la société anonyme.

1.2 Rapport avec l'initiative sur les entreprises responsables

En vue de l'examen aux conseils, la commission attend du comité d'initiative qu'il s'engage publiquement et avec force obligatoire, sur la base d'une décision prise par l'ensemble de ses membres, à retirer son texte si le contre-projet indirect est adopté conformément aux propositions formulées par la commission et à condition qu'il ne soit pas rejeté lors d'une votation populaire (retrait conditionnel).

2 Commentaire des différentes propositions de la commission

Les dispositions du contre-projet comportent l'obligation imposée aux organes de direction des sociétés concernées de prendre des mesures pour garantir le respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger (ch. 2.1), l'obligation de rendre compte des mesures prises (ch. 2.2), la réglementation de la responsabilité en cas de violation desdites dispositions (ch. 2.3) et, enfin, la réglementation du droit applicable en pareils cas (ch. 2.4).

2.1 Mesures imposées aux conseils d'administration pour garantir le respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger

2.1.1 Art. 716a, al. 1, ch. 5 et 10, du code des obligations (CO)

2. Attributions inaliénables

L'art. 716a, al. 1, énumère les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration. Le ch. 5 dispose que le conseil d'administration doit exercer la haute surveillance sur les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données. Ainsi, la loi confère déjà au conseil d'administration la responsabilité de la haute surveillance en ce qui concerne la légalité de l'activité commerciale d'une société. Dans la mesure où le contre-projet indirect impose au conseil d'administration de prendre des mesures visant à garantir le respect des dispositions relatives à la



protection des droits de l'homme et de l'environnement, la légalité de l'activité commerciale inclut déjà, en principe, le respect de ces dispositions (bien que celles-ci ne reposent pas formellement sur une loi et qu'elles ne s'adressent pas directement aux sociétés en qualité d'obligées). Toutefois, afin d'assurer la clarté de la norme, il convient de compléter le ch. 5 de l'art. 716a, al. 1, dans ce sens.

Comme de manière générale pour l'observation de la loi, des statuts, etc., les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement relèvent elles aussi de l'attribution intransmissibles et inaliénable de haute surveillance qui incombe au conseil d'administration. De plus, la mission de veiller à la légalité de l'activité commerciale et donc au respect des dispositions citées peut être déléguée (cf. principe général à l'art. 716, al. 2). Le conseil d'administration peut ainsi la transférer à la gestion opérationnelle de l'entreprise ou même à une filiale. En règle générale, le conseil d'administration garantira l'exécution opérationnelle du devoir de diligence par l'institution de contrôles correspondants dans les domaines d'activité concernés de la société ou en veillant à ce que ce devoir soit exécuté dans les sociétés contrôlées, et donc en déléguant la réalisation de cette tâche.

Le ch. 10 de l'art. 716a, al. 1, inclut dans les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration l'établissement d'un rapport sur les mesures visant à garantir le respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. Ainsi, parallèlement au rapport de gestion (art. 716a, al. 1, ch. 6) et au rapport de rémunération (art. 716a, al. 1, ch. 9, du projet), la responsabilité de l'établissement de ce rapport sera confiée au conseil d'administration.

2.1.2 Art. 716a^{bis} du code des obligations (CO)

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

L'art. 716a^{bis} constitue la pièce maîtresse du contre-projet indirect. Il décrit le contenu de l'obligation pour le conseil d'administration de veiller au respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger. Cet article contient également la délimitation du champ d'application de l'obligation ainsi que la définition d'un terme.

2.1.2.1 Al. 1, 2 et 6

a) Généralités

La phrase 1 de l'al. 1 fixe le *principe* : le conseil d'administration doit prendre des mesures pour garantir que la société respecte les dispositions en question. Les phrases 2 à 5 décrivent la diligence raisonnable qui repose sur ce principe. S'agissant de contenu de la tâche, la première phrase ne revêt pas une portée supérieure aux quatre phrases suivantes, mais elle contient certaines règles importantes pour la diligence raisonnable décrite dans la suite de l'alinéa.

La norme prévoit des mesures *pour garantir* le respect des dispositions en question. La loi ne peut exiger du conseil d'administration d'une société des mesures garantissant le respect des dispositions au sens juridique d'une obligation de résultat, mais uniquement le déploiement d'efforts en vue d'atteindre l'objectif visé (obligation de moyens). Cette distinction est importante notamment (mais pas uniquement) pour la question de la responsabilité.

Il est également question ici du respect des dispositions *déterminantes dans les domaines d'activité* d'une société. Les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement



doivent donc concerner les activités commerciales de la société de manière concrète, c'est-à-dire qu'elles doivent porter sur l'objet même de ces activités. Sont visées la société entrant dans le champ de l'art. 716a^{bis}, mais aussi toutes les autres sociétés contrôlées par celle-ci (voir al. 1, phrase 5). Il convient de considérer les activités réellement poursuivies et non le but statutaire. La société n'a ni l'obligation ni la responsabilité de veiller au respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ou de l'environnement en dehors de ses domaines d'activité.

L'art. 716a^{bis} et le contre-projet dans son ensemble portent sur le respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ou de l'environnement *y compris à l'étranger*. Il s'agit de veiller à ce que les dispositions en question soient également respectées pour les activités déployées à l'étranger, étant entendu qu'il s'agit d'évaluer si une activité a des conséquences à l'étranger. S'agissant des activités considérées dans ce sens comme étant suisses, ce sont les dispositions pertinentes du droit suisse qui s'appliquent et doivent être respectées. Ceci découle de l'art. 717, al. 1. Par conséquent, il peut arriver que des dispositions internationales qui ne sont pas directement applicables et n'ont pas encore été transcrites dans le droit national ne soient pas encore déterminantes pour des sociétés en Suisse, alors qu'elles doivent déjà être respectées par ces mêmes sociétés à l'étranger (dans le sens visé ci-après). (Le fait que des dispositions internationales ne sont pas immédiatement applicables n'empêche pas qu'elles soient déterminantes dans le cadre de l'art. 716a^{bis} ; **cf. ch. 2.1.2.1, let. b, paragraphe 13**).

Les dispositions *déterminantes* doivent être respectées. En ce qui concerne la protection des droits de l'homme, le respect de ces dispositions n'implique pas une obligation de conformité légale au sens propre. En effet, les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ne s'adressent pas directement aux entreprises (en qualité d'obligées), mais aux États, si bien qu'elles ne peuvent pas être respectées au sens propre. Le projet 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. Là où il existe des dispositions imposant aux États ou aux organisations publiques une obligation de protection ou de garantie des droits de l'homme, il n'en découle pas une obligation pour les sociétés. (Il peut en être autrement si des organisations privées remplissent des tâches publiques.) Ainsi, les sociétés ne sont pas tenues de respecter le droit de toute personne à l'éducation (art. 13, al. 1, du Pacte I de l'ONU¹) dans le sens où elles devraient veiller à ce qu'il existe de telles possibilités d'éducation. De même, les sociétés ne sont pas non plus contraintes de garantir le travail, c'est-à-dire de renoncer au principe du licenciement, bien que l'art. 6, al. 1, du Pacte I de l'ONU prévoie le droit au travail. L'art. 716a^{bis}, al. 1, ne crée une obligation d'agir et une attribution pour le conseil d'administration que dans la mesure où il lui impose la prise de certaines mesures et, en particulier, la diligence raisonnable. Même pour les droits fondamentaux dont le contenu est en premier lieu négatif (la défense contre les interventions de l'État, par exemple le droit à la l'expression d'une opinion propre), l'obligation de respecter les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme ne fonde aucune obligation de protection dans le sens où les sociétés seraient contraintes de prendre des mesures pour que les droits en question puissent effectivement être exercés et que les biens juridiques concernés soient effectivement protégés. La concrétisation du devoir de diligence à la lumière des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme équivaut à une obligation de respecter ces dispositions : les sociétés doivent se distancier de toute activité ou comportement qui violerait les biens juridiques protégés par les droits humains en question, par exemple l'intégrité corporelle. Il s'agit en d'autres termes d'une obligation de s'abstenir : les sociétés doivent s'abstenir de tout comportement dommageable du point de vue des droits de l'homme et de l'environnement.

¹ RS 0.103.1.



Seuls les droits humains qui peuvent être l'objet d'une obligation de respecter ou de s'abstenir ont valeur de dispositions déterminantes au sens de l'al. 1, phrase 1.

b) Diligence

Les deuxième, troisième et quatrième phrases de l'al. 1 décrivent la *diligence* dont doit faire preuve le conseil d'administration. Les mesures concernées sont résumées sous le terme de *diligence* (cf. al. 1, 5^e phrase), même si certaines mesures portent, par exemple, sur la surveillance de l'efficacité des mesures. Cette terminologie se fonde sur les règlements internationaux pertinents. Conformément aux principes directeurs des Nations Unies² et à ceux de l'OCDE³, les éléments d'une diligence sont les suivants : identification des risques, prise de mesures, rapports⁴. La construction des deuxième, troisième et quatrième phrases de l'al. 1 reflètent ces éléments. Globalement, l'art. 716a^{bis} s'inspire des règlements précités (tout comme l'initiative pour des multinationales responsables), mais le contre-projet indirect contient une réglementation légale propre à la Suisse concernant le devoir qui incombe aux organes chargés de veiller au respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement à l'étranger également.

La diligence est une *démarche continue et durable* qui concerne toutes les phases de l'activité d'une société. On peut considérer qu'elle fait partie de la vérification de la conformité (compliance), c'est-à-dire du devoir qui incombe aux entreprises de garantir la légalité de leurs activités, et de la gestion des risques d'une entreprise. Ainsi, il faut au préalable évaluer qui, selon les circonstances, pourrait être touché par une certaine activité, quelles sont les dispositions pertinentes relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement et dans quelle mesure les activités planifiées et les relations d'affaires qui y sont liées pourraient avoir des conséquences négatives sur les personnes identifiées. Il faut tenir compte en conséquence de toute modification apportée aux bases légales pertinentes ou à l'activité. Une telle diligence est particulièrement indiquée avant le lancement d'une nouvelle activité ou relation d'affaires, avant la prise de décisions ayant une portée majeure (par ex. la conquête d'un nouveau marché, l'introduction d'un nouveau produit, des changements apportés aux principes de l'entreprise ou une restructuration totale) ou en cas de changement majeur dans l'environnement de l'entreprise (par ex. en cas de changements au niveau politique ou de tensions sociales). Il y a lieu d'identifier les conséquences potentielles (risques) et effectives (par ex. constatation de violations du droit en vigueur).

Le conseil d'administration doit prendre et mettre en œuvre des *mesures* visant à réduire les risques constatés d'une violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement (al. 1, 3^e phrase). La mise en œuvre comprend l'intégration des mesures dans les domaines et processus d'activité concernés. La nature des mesures dépend de la conséquence potentielle ou effective d'une activité : les conséquences potentiellement négatives d'une activité doivent être évitées au moyen de mesures préventives ou les risques qui y sont liés doivent être réduits. La réparation n'est pas uniquement financière : l'aide peut aussi consister en des excuses, des remboursements, des éliminations de conséquences, des mesures pénales et des mesures

² Nations Unies, Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, 2011, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_FR.pdf (consulté le 9.5.2018)

³ Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 2011, https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/OECD-Guidelines.html (consulté le 9.5.2018)

⁴ Principes directeurs des Nations Unies, principe 17, p. 20 ; principes directeurs de l'OCDE, ch. marg. 45



préventives visant à empêcher un dommage. Cependant, l'entreprise n'est tenue de réparer les violations que si elle en est à l'origine ou si elle y a contribué.

Le conseil d'administration doit surveiller l'activité des mesures et en rendre compte (cf. **ch. 2.2.1**). Pour effectuer les contrôles d'efficacité, il peut utiliser les procédures de rapport qui existent déjà au sein de l'entreprise (audits, par ex.). Les avis exprimés par les personnes concernées dans le cadre d'une procédure de recours au niveau de l'entreprise peuvent être un indicateur de l'efficacité des mesures.

Dans différents secteurs économiques ou différents aspects de la protection des droits de l'homme et de l'environnement, des *organisations privées se sont dotées de normes*. Le respect de ces normes peut parfois être *vérifié et certifié* par des organisations sectorielles, des sociétés d'audit, etc., et des labels sont parfois attribués (par exemple dans le domaine de l'habillement). Le respect de ces normes favorise la protection des droits de l'homme et de l'environnement. Les entreprises qui se conforment à ces normes et qui ont fait vérifier cette conformité par un organisme indépendant devraient avoir la certitude qu'elles remplissent ainsi leurs obligations légales (dans la mesure où les normes en tant que telles satisfont aux exigences légales) et le respect des normes devrait avoir un effet d'exonération en cas de responsabilité. La Commission des affaires juridiques du Conseil national a donc présenté une proposition dans ce sens, pour discussion : (1.) le conseil d'administration peut faire examiner et confirmer, en tout ou en partie, par l'organe de révision ou par un tiers indépendant qualifié, l'adéquation, la pertinence et l'efficacité des mesures qu'il prend au titre de la diligence ; (2.) si l'organe de révision a été chargé d'effectuer un audit, le mandat et le compte rendu d'audit sont complétés en conséquence ; (3.) si une telle confirmation est disponible, on suppose, en cas d'action en dommages-intérêts au sens de l'art. 55, al. 1^{bis}, ou d'action contre la société, que celle-ci a pris les mesures requises par la loi. La commission souhaite que le Conseil des Etats examine cette proposition lors de la discussion sur la révision du droit de la société anonyme ; elle se réserve le droit de l'examiner elle-même au cours des discussions ultérieures sur cet objet.

La diligence s'étend également à *l'activité de sociétés contrôlées*. La forme juridique des sociétés ne jouant aucun rôle, le terme utilisé dans le projet est celui d'entreprise. Le contrôle d'une entreprise s'entend au sens de l'art. 963, al. 2. Le contrôle peut être direct ou indirect. Conformément au « principe de contrôle », il s'agit seulement d'être en mesure d'exercer un contrôle au sens de l'art. 963, al. 2, ch. 1 à 3 ; il n'est pas important de savoir si le contrôle est effectivement exercé (au sens du « principe de gestion »). Généralement – des restrictions peuvent résulter des principes de diligence décrits ci-dessous –, la diligence s'étend donc également aux entreprises que la société en question contrôle uniquement dans le sens d'une participation financière. Par contre, lorsqu'une filiale commet une faute, le contre-projet limite délibérément la responsabilité de la société mère aux cas dans lesquels le contrôle est effectivement exercé (art. 55, al. 1^{bis}, 1^{re} phrase ; cf. **ch. 2.3.1, paragraphe 4**). L'al. 5 garantit que l'extension de la diligence aux entreprises contrôlées ne signifie pas que ces entreprises tombent à leur tour dans le champ d'application de l'art. 716a^{bis}, afin d'éviter des doublons inutiles (cf. **ch. 2.1.2.2, paragraphe 5**).

La diligence s'étend également aux conséquences de l'activité sur la base de *relations d'affaires avec des tiers* (que la société elle-même ait conclu des activités correspondantes avec des tiers ou qu'une entreprise contrôlée par la société entretienne une telle relation commerciale). Il ne s'agit pas seulement des partenaires contractuels directs de la société ou de l'entreprise contrôlée : l'ensemble des chaînes de valeur ajoutée et d'approvisionnement sont touchées. Toutefois, seules les activités de tiers directement liées aux activités ou aux produits ou services de l'entreprise sont concernées. En outre, les principes de la prise en compte des possibilités d'influence et de l'adéquation fixent



certaines limites (cf. **ch. 2.1.2.1 b, paragraphes 9, 10 et 12**). Afin de répondre au devoir de diligence à l'égard des tiers, ces derniers peuvent être contractuellement tenus de respecter les dispositions en question relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement. A cette fin, certaines entreprises se sont déjà dotées de codes de conduite spécifiques aux fournisseurs et à d'autres tiers.

L'al. 1, troisième phrase, et l'al. 2 prévoient trois *principes généraux* applicables à la diligence : la prise en compte des possibilités d'influence, la prise en compte des risques et l'adéquation. Les deux derniers principes s'appliquent à tous les éléments de la diligence visée à l'al. 1, tandis que la prise en compte des possibilités d'influence ne s'applique qu'à un seul aspect, lequel est particulièrement important, à savoir les mesures visant à réduire les risques et à réparer les violations. Ces principes jouent également un rôle important dans l'interprétation de la disposition de l'art. 55, al. 1^{bis} relative à la responsabilité, qui renvoie à l'obligation visée à l'art. 716a^{bis}.

Pour le conseil d'administration, la *prise en compte des possibilités d'influence* signifie que son devoir en vertu de l'article 716a^{bis} peut être limité par des obstacles juridiques ou réels. Il existe une possibilité d'influence si la société peut faire en sorte que l'auteur de la violation modifie son comportement illicite présumé. Si cette possibilité existe, la société doit exercer son influence. Cette possibilité existe en particulier si le comportement émane de la société elle-même. En règle générale, elle existe aussi lorsqu'il s'agit du comportement d'une *entreprise contrôlée*. Toutefois, dans ce dernier cas, la possibilité d'influence peut également être limitée : par exemple, une société peut ne pas avoir l'opportunité d'appliquer facilement, à l'encontre de l'organe de direction d'une entreprise qu'elle contrôle, des mesures qui concernent les activités opérationnelles de l'entreprise et donc, le cas échéant, les risques pour les droits de l'homme et l'environnement. La possibilité d'influence dépend dans une large mesure de la structure réelle et juridique du groupe. Dans un groupe géré et structuré de manière décentralisée, dans lequel les différentes sociétés nationales exercent leurs activités de manière largement autonome, les possibilités d'influence se limitent parfois aux ressources financières, humaines et, le cas échéant, techniques de la filiale. A l'inverse, il convient toutefois de noter que, à l'art. 716a^{bis} (contrairement à l'art. 55, al. 1^{bis}), le projet considère explicitement le principe de contrôle en tant que facteur de rattachement ; une société ne peut donc pas invoquer l'absence de possibilité d'influence pour se soustraire complètement à sa responsabilité à l'égard du comportement d'une filiale décentralisée.

La *prise en compte des possibilités d'influence* revêt alors une importance particulière dans le cadre des *relations d'affaires avec des tiers*. Par exemple, l'influence exercée par la société ou par une entreprise contrôlée par elle vis-à-vis d'un tiers avec lequel il existe une relation d'affaires afin que ledit tiers respecte les dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement peut être limitée (ou simplement inexistante), parce que le partenaire commercial est économiquement indépendant et donc libre d'échapper à l'influence de la société ou de l'entreprise contrôlée en mettant fin à la relation d'affaires. L'influence peut également être limitée par le fait qu'une société ou une entreprise contrôlée n'est pas en mesure de faire en sorte que tous les partenaires commerciaux modifient leur comportement en raison du grand nombre de ces derniers ou en raison de chaînes de fournisseurs fortement imbriquées et difficiles à surveiller. Toutefois, le principe de la prise en compte des risques applicable à la diligence exige, même dans de telles circonstances, d'identifier les partenaires commerciaux dont les activités présentent des risques particulièrement élevés de violation des droits de l'homme et de l'environnement. A cet égard, la société doit s'assurer elle-même qu'elle dispose de moyens d'exercer une influence.

Dans le cadre de son devoir de diligence, le conseil d'administration détermine les conséquences non seulement effectives, mais aussi potentielles de l'activité sur les droits de l'homme et



l'environnement (al. 1, 2^e phrase). Il traite principalement des conséquences les plus graves (al. 2, 1^{re} phrase). Ces deux dispositions reflètent le principe de la *prise en compte des risques* applicable à la diligence. Par « risques », on entend les risques de violation des biens juridiques protégés par la réglementation pertinente en matière de droits de l'homme ou d'environnement, et non les risques commerciaux qu'encourt l'entreprise à la suite de violations des dispositions concernées. La prise en compte des risques concerne tout d'abord l'identification des risques liés à l'activité de la société (al. 1, 2^e phrase) : cette tâche consiste à déterminer dans quels secteurs de l'entreprise ou avec quels partenaires commerciaux se situent les risques. La prise en compte des risques signifie alors que les risques doivent être pondérés et classés par ordre de priorité en fonction de leur gravité. La gravité est évaluée en fonction de l'ampleur de la violation effective ou potentielle, du nombre de personnes concernées et de la mesure dans laquelle la violation peut être réparée ou non. Cela concerne aussi bien les différents secteurs d'activité que les différentes entreprises contrôlées et les relations d'affaires avec des tiers. Les activités d'une petite entreprise nationale, par exemple, peuvent aussi avoir un impact considérable sur les droits de l'homme et l'environnement. Les activités menées dans un pays où des violations des droits de l'homme se produisent régulièrement présentent des risques plus importants que les activités menées dans les pays voisins de la Suisse, même si les activités dans les pays voisins sont, pour la société concernée, beaucoup plus importantes, sur le plan économique, que les activités dans le pays où des violations des droits de l'homme se produisent. Avec le principe de la prise en compte des risques, le dernier recours est d'accepter que les entreprises se retirent des pays dans lesquels les droits de l'homme et les réglementations environnementales sont régulièrement bafoués parce qu'elles ne peuvent pas garantir une diligence raisonnable et veulent éviter les risques en matière de responsabilité.

La diligence est alors soumise au principe de *l'adéquation* (al. 2, 2^e phrase). Ce principe est particulièrement important lors de la planification et de la mise en œuvre de mesures visant à prévenir et à atténuer les conséquences des activités sur les droits de l'homme et l'environnement. Les mesures doivent être adaptées à la gravité des conséquences, mais aussi à la taille de l'entreprise et au contexte de l'activité. L'adéquation des mesures dépend également de l'influence de l'entreprise, c'est-à-dire de sa capacité à modifier un comportement illicite. Si l'entreprise n'a pas une telle influence, cela peut être une raison de mettre fin à une relation d'affaires. Le principe de l'adéquation agit également comme un correctif au principe de la prise en compte des risques : selon ce dernier, les mesures doivent être hiérarchisées en fonction de la gravité des violations potentielles ; or, les risques à faible probabilité de réalisation ne doivent pas systématiquement être considérés comme prioritaires en termes d'adéquation.

L'al. 6 définit les *dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement* au sens de l'art. 716a^{bis} et des autres dispositions du contre-projet indirect. Il s'abstient délibérément de transposer en droit suisse – par le biais d'un devoir de diligence de la part des organes – des dispositions, des normes, des recommandations, etc. issues de réglementations internationales ou édictées par des organisations internationales ou qui sont considérées comme « reconnues » sur le plan international. Les pratiques non contraignantes qui peuvent constituer la norme à l'échelle internationale ne sont pas considérées comme des prescriptions matérielles ; seules les dispositions internationales devenues juridiquement contraignantes pour la Suisse sont concernées. Pour ce faire, elles doivent être ratifiées par la Suisse et approuvées par l'autorité compétente (Parlement, Conseil fédéral) dans le cadre de la procédure interne correspondante. Par contre, peu importe qu'il s'agisse de dispositions internationales directement ou seulement indirectement applicables. Dans ce dernier cas – c'est-à-dire si les dispositions s'adressent aux Etats, lesquels sont généralement tenus de prendre certaines mesures – la pertinence des droits de l'homme concernés pour les entreprises fera souvent défaut, dans la mesure où les dispositions prévoient des obligations de protection et de garantie (cf. **ch. 2.1.2.1.a paragraphe 5**).



Les dispositions internationales contraignantes en matière de droits de l'homme se trouvent notamment dans les règlements suivants :

- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte ONU I, RS 0.103.1)
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2)
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (RS 0.104)
- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF ; RS 0.108)
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (RS 0.105)
- Convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107)
- Convention relative aux droits des personnes handicapées (RS 0.109)
- Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (RS 0.103.3)
- Conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail (OIT) :
 - o Convention n° 29 concernant le travail forcé ou obligatoire (RS 0.822.713.9)
 - o Convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (RS 0.822.719.7)
 - o Convention n° 98 concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective (RS 0.822.719.9)
 - o Convention n° 100 concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale (RS 0.822.720.0)
 - o Convention n° 105 concernant l'abolition du travail forcé (RS 0.822.720.5)
 - o Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession (RS 0.822.721.1)
 - o Convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (RS 0.822.723.8)
 - o Convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (RS 0.822.728.2)

Les dispositions contraignantes en matière de protection de l'environnement se trouvent notamment dans les règlements suivants :

- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (RS 0.814.021)
- Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (RS 0.814.05)
- Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (RS 0.814.291)
- Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique (RS 0.451.431)



- Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et d'autres matières (RS 0.814.287.1)
- Convention de Stockholm sur les polluants organiques persistants (RS 0.814.03)

2.1.2.2 Al. 3, 4 et 5

Les al. 3, 4 et 5 règlent le *champ d'application personnel* de l'art. 716a^{bis} et des autres dispositions du contre-projet. Le champ d'application est défini comme suit : son point de départ est l'importance économique de l'entreprise, laquelle est déterminée par des valeurs seuils pour certains indicateurs (al. 3). Deux rectifications sont ensuite en quelque sorte apportées : l'article s'applique aux sociétés présentant 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, indépendamment des valeurs seuils, mais pas aux sociétés présentant un risque particulièrement faible (al. 4). L'al. 5 règle quant lui l'application de l'art. 716a^{bis} dans le cas des groupes.

Les *valeurs seuils* sont deux fois plus élevées que celles prévues aux art. 727, al. 1, ch. 2, CO (obligation de révision ordinaire) et 963a, al. 1, CO (libération de l'obligation de d'établir des comptes consolidés) de manière à considérer les besoins des petites et moyennes entreprises (PME), dont l'activité présente habituellement des risques moindres pour les droits de l'homme et pour l'environnement. Il est ainsi reconnu que le « seuil PME » ne doit pas être appliqué de manière systématique, indépendamment de l'objet de la réglementation : le seuil adéquat dépend également du contexte. La directive de l'Union européenne (UE) en ce qui concerne la publication d'informations non financières fixe elle aussi le seuil à 500 emplois à temps plein⁵. Sur ces trois valeurs seuils, deux doivent être dépassées, ce qui devrait porter le nombre d'entreprises concernées à un total nettement inférieur à 1000. En 2015, l'Office fédéral de la statistique a en effet recensé 669 entreprises comptant plus de 500 postes à temps plein.

Une société est soumise au devoir de diligence dès lors qu'elle dépasse les valeurs seuils à *elle seule* ou *conjointement avec une ou plusieurs entreprises suisses ou étrangères contrôlées par elle*. Il convient de s'arrêter sur le terme de contrôle dans le cadre de l'obligation de tenir des comptes (cf. art. 963, al. 2). La forme juridique des filiales n'entrant pas en ligne de compte, il est question d'« entreprises ». Il est en outre clairement établi que le devoir de diligence s'applique indépendamment du fait que la filiale ait son siège en Suisse ou à l'étranger.

L'al. 4 « rectifie » le champ d'application de l'art. 716a^{bis}, qui repose sur des valeurs seuils, en introduisant le critère du *risque particulièrement élevé ou particulièrement faible* de violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement. Si le risque est particulièrement élevé, le champ d'application est étendu, s'il se révèle particulièrement faible, une exception au champ d'application en tant que tel est créée. Il incombera au Conseil fédéral d'explicitier ces termes dans le cadre d'une ordonnance en décrivant les branches, secteurs économiques, activités ou encore prestations de services, éventuellement associés à des pays ou à des régions, qui présentent des risques plus ou moins élevés. Un exemple d'activité présentant un risque particulièrement élevé est l'extraction de matières premières dans les pays en développement ou bien le commerce de ces mêmes matières premières. A l'inverse, une société immobilière active uniquement au niveau national qui ne déploie aucune activité de construction majeure présente un

⁵ Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.



risque fondamentalement faible. La réglementation par voie d'ordonnance permet des différenciations qui seraient difficilement envisageables au niveau de la loi (ainsi une distinction dans le domaine des textiles avec, d'un côté, des textiles techniques, p. ex. à usage médical et, d'un autre côté, des textiles destinés à l'habillement). Il convient toutefois de tenir compte du caractère exceptionnel de la réglementation : même si, pour déterminer le champ d'application de l'art. 716a^{bis}, la propension au risque d'une activité constitue au fond un critère plus approprié que l'importance économique d'une entreprise définie au moyen de valeurs seuils, il existe une décision de principe en faveur de la réglementation sur la base de valeurs seuils. Il importe en outre de rappeler que le champ d'application d'une loi relève des dispositions importantes qui fixent des règles de droit au sens de l'art. 164, al. 1 de la Constitution fédérale, ce qui interdit de déléguer au Conseil fédéral la compétence de fixer, même dans les grandes lignes, le champ d'application.

L'al. 5, phrase 1 règle le *champ d'application personnel s'agissant des groupes*. Ne relèvent pas de ce champ d'application les sociétés qui sont *contrôlées par une entreprise* (au sens de l'art. 963, al. 2, CO) à laquelle l'art. 716a^{bis} s'applique. En effet, conformément à l'al. 1, le devoir de diligence de cette entreprise s'étend dans ce cas aussi aux sociétés contrôlées. Cette précision permet d'éviter une duplication des devoirs visés à l'art. 716a^{bis} et donc un champ d'application excessif.

La phrase 2 de l'al. 5 édicte quant à elle une *contre-exception* : dans certaines circonstances, l'art. 716a^{bis} s'applique aussi aux sociétés contrôlées lorsque ces dernières contrôlent elles-mêmes une ou plusieurs entreprises étrangères. Cette réglementation entend garantir que la disposition sur la responsabilité prévue à l'art. 55, al. 1^{bis} CO atteigne son objectif et que, dans un cas concret, toutes les sociétés suisses puissent invoquer les limites de leur devoir de diligence, l'absence de contrôle effectif ou de possibilité d'influence et ainsi se libérer de leur responsabilité. Si le champ d'application englobe les sociétés qui contrôlent directement les entreprises étrangères, le « dernier maillon – suisse – de la chaîne » encoure lui aussi une responsabilité potentielle. Ces sociétés sont toutefois incluses dans le champ d'application si (i) elles dépassent conjointement avec les entreprises étrangères contrôlées les valeurs seuils fixées à l'al. 3 et qu'il existe un lien étroit entre les activités de la société et celles des entreprises étrangères (faute de quoi il n'est pas justifié d'additionner les valeurs des indicateurs des entreprises concernées) ou que (ii) les activités des entreprises étrangères présentent un risque particulier au sens de l'al. 4. Un lien étroit entre l'activité de la société domiciliée et obligée en Suisse et celle des entreprises qu'elle contrôle à l'étranger existe par exemple au sein de la chaîne de production d'un même produit, de l'acquisition et la transformation des matières premières à la fabrication de produits finis ou semi-finis.

La contre-exception décrite ici visant à libérer les sociétés contrôlées de leur responsabilité doit être corrigée par une autre exception, qui constitue un retour au principe de non-soumission des sociétés contrôlées, afin que la loi n'exige pas des entreprises réunies en groupe qu'elles s'acquittent de leurs obligations légales de manière excessive : la société concernée n'est soumise à aucune obligation de rendre compte (al. 5, phr. 2) car cette obligation est déjà remplie par la société qui la contrôle. Le devoir de diligence est en outre restreint dans la mesure où il est assumé par la société qui contrôle ; dans ce sens, il existe une délégation de la tâche à la société mère.

2.1.3 Art. 810, al. 2, ch. 4 du code des obligations (CO)

II. Attributions des gérants

L'art. 810, al. 2, ch. 4 relatif à la société à responsabilité limitée (Sàrl) est complété de la même manière que l'art. 716a, al. 1, ch. 5.



2.1.4 Art. 810a du code des obligations (CO)

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

L'art. 810a relatif à la Sàrl renvoie à la disposition correspondante concernant la société anonyme. Les objectifs du contre-projet indirect sont indépendants de la forme juridique. S'agissant du champ d'application, la différenciation s'effectue par le biais des valeurs seuils et du critère de risque (cf. **ch. 2.1.2.2**).

2.1.5 Art. 901 du code des obligations (CO)

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

L'art. 901 relatif à la société coopérative renvoie à la disposition correspondante concernant la société anonyme.

2.1.6 Art. 69a^{bis} du code civil (CC)

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

Les associations sont elles aussi susceptibles de mener des activités revêtant une importance au regard des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement. C'est pourquoi le contre-projet les inclut également. Le champ d'application est différencié sur la base de l'importance économique de l'entreprise qu'exploite l'association (valeurs seuils) et de la propension au risque de l'activité de l'entreprise (cf. **ch. 2.1.2.2**).

2.2 Obligation de rendre compte des entreprises

2.2.1 Art. 961e du code des obligations (CO)

Relève également du devoir de diligence conformément à l'art. 716a^{bis}, al. 1, phrase 4 le fait de *rendre compte* des mesures prises. L'art. 961e règle les modalités d'établissement du rapport indépendamment de la forme juridique. Son champ d'application personnel est identique au champ d'application fondant l'obligation de rendre compte.

Les entreprises concernées sont tenues de rendre compte du respect des *différents devoirs*, à savoir de tous les éléments relatifs au devoir de diligence visés à l'art. 716a^{bis}, al. 1 et 2. Le rapport doit énumérer les risques identifiés et les violations constatées des dispositions applicables, évaluer et pondérer les risques, exposer les mesures visant à réduire les risques constatés et à réparer les violations, démontrer que l'entreprise contrôle l'efficacité des mesures et présenter le résultat de ce contrôle.

Le rapport est destiné au *public* et doit donc être rendu public. Le caractère public a entre autres pour objectif d'encourager le respect des devoirs visés à l'art. 716a^{bis} également dans les cas où il n'existe pas de responsabilité au sens de l'art. 55, al. 1^{bis} (notamment parce que la responsabilité est volontairement comprise dans un sens plus étroit que dans le catalogue des devoirs ; cf. **ch. 2.3.1**).



Le rapport de gestion constitue une possibilité de *rapport formel*. Plus spécialement, il est aussi possible de s'appuyer sur le rapport de développement durable⁶. Outre une publication du rapport sur le site Internet de l'entreprise, d'autres formes et canaux peuvent s'avérer appropriés en fonction des circonstances ; des consultations avec des parties prenantes concernées sont également envisageables. Il n'existe toutefois pas d'obligation légale en la matière.

Certaines directives internationales dans le domaine des rapports de développement durable peuvent fournir des indications concernant le *volume du rapport*. Soutenu par des entreprises privées, des organisations non gouvernementales, des organismes spécialisés dans le reporting et des instituts de recherche importants, le « Cadre de reporting conforme aux principes directeurs des Nations Unies »⁷ constitue par exemple un guide pratique en vue de rendre compte du devoir de diligence en matière de droits de l'homme.

2.3 Responsabilité

2.3.1 Art. 55, al. 1^{bis} CO

C. Responsabilité de l'employeur

L'art. 55, al. 1^{bis}, règle la responsabilité d'une société du fait de certains comportements illicites d'une entreprise contrôlée par elle, autrement dit la responsabilité de la société mère d'un groupe du fait du comportement fautif d'une filiale. Cette responsabilité constitue un cas d'application de la responsabilité de l'employeur prévue à l'art. 55, al. 1. Les conditions positives et négatives d'une responsabilité au sens de l'al. 1 doivent être remplies pour fonder une responsabilité au sens de l'al. 1^{bis}, lequel stipule que « ces principes [autrement dit les conditions prévues à l'al. 1] s'appliquent aussi ». Pour autant, transposer le principe de la responsabilité de l'employeur, lequel se fonde idéalement sur un rapport juridique entre un gérant et un employé en sa qualité de personne physique, aux rapports entre une société mère et une filiale nécessite certaines adaptations, notamment en ce qui concerne la condition du lien fonctionnel entre l'activité exercée par l'auxiliaire et l'acte dommageable (« dans l'exercice de leur activité professionnelle ou commerciale »).

Parmi les conditions prévues à l'art. 55, al. 1, qui permettent de fonder une responsabilité de la société mère, il convient de souligner tout particulièrement celle précédemment évoquée du *lien fonctionnel*. Les actes de l'auxiliaire ayant causé le dommage doivent présenter un lien avec les objectifs visés par l'employeur dans le cadre de l'activité contestée. La transposition de cette condition de responsabilité aux rapports entre la société mère et la filiale signifie que la responsabilité de la société mère n'est pas engagée si la filiale a commis le fait dommageable en dehors du cadre des objectifs du groupe et a donc agi de manière autonome vis-à-vis de celui-ci.

La société mère est responsable du dommage causé par certains comportements d'une entreprise qu'elle *contrôle effectivement* (al. 1^{bis}, phr. 1). Cette disposition inscrit dans la loi la condition générale du rapport de subordination pour fonder la responsabilité de l'employeur dans le contexte d'un groupe. Le contrôle effectif présuppose tout d'abord un *contrôle* au sens de l'art. 963, al. 2. Ce contrôle peut être direct ou indirect. L'al. 1^{er} clarifie le terme de contrôle : le fait qu'une entreprise dépende économiquement d'une autre entreprise ne signifie pas à lui seul que cette entreprise est

⁶ Un mécanisme déjà existant en Suisse est le rapport de développement durable de SIX Swiss Exchange (art. 9 de la directive concernant les informations relatives à la Corporate Governance).

⁷ Voir <<https://www.ungpreporting.org>> (page consultée le 23.05.2018, disponible en allemand et en français).



contrôlée cette entreprise. La CAJ-N juge cette clarification nécessaire, car l'interprétation de l'art. 963, al. 2, ne permet pas de conclure avec une complète certitude que la dépendance économique ne saurait jamais à elle seule établir une « influence dominante » au sens du ch. 3 de l'art. 963, al. 2. Or, la CAJ-N entend exclure strictement toute responsabilité de la société mère dans de pareils cas : cette dernière ne répond notamment pas du comportement des fournisseurs, même si ces derniers dépendent économiquement d'elle, ce qui lui confère naturellement une influence. La CAJ-N est consciente que la précision à l'al. 1^{er} n'a qu'un caractère explicatif et déclaratoire et, partant, ne fonde pas de réelle exception potentielle à l'art. 963, al. 2. On ne saurait ainsi parler de contrôle lorsque deux entreprises sont liées par une relation d'affaires qui ne crée aucune dépendance économique.

Le contrôle ainsi défini doit être *exercé effectivement* par la société mère (l'expression « qu'elles contrôlent effectivement » ne se réfère donc pas à un contrôle basé sur des aspects factuels, autrement dit économiques, mais à un contrôle exercé effectivement.). Prenant volontairement le contrepied de l'art. 716a^{bis}, le contre-projet s'appuie sur le principe de direction s'agissant de la responsabilité au sein d'un groupe : la société mère doit avoir assumé effectivement sa possibilité de contrôle, ce qui nécessite une direction unique au sens de l'art. 663^e, al. 1 en vigueur jusqu'au 31 décembre 2012. S'il est vrai que l'exercice de la possibilité de contrôle n'apparaît pas comme un élément déterminant en ce qui concerne l'établissement de comptes annuels ou de comptes consolidés (conformément à la disposition désormais de droit positif de l'art. 963a, al. 2, ch. 3), une responsabilité de la société mère du fait du comportement fautif d'une filiale n'est justifiée du point de vue de l'éthique du droit que si la société mère a exercé cette possibilité d'influence.

La responsabilité de la société mère du fait d'un comportement fautif donné de la filiale est uniquement engagée lorsque le dommage, à savoir une diminution effective de l'actif, résulte d'une atteinte à la *vie ou à l'intégrité corporelle* d'autrui ou à la *propriété* à l'étranger. Les dommages purement pécuniaires, tout comme les dégradations de l'environnement, ne satisfont pas aux conditions requises pour fonder une responsabilité s'ils ne constituent pas simultanément une atteinte à l'un des deux biens juridiques.

La société mère peut se libérer d'une responsabilité en apportant une *preuve de diligence* ou une *preuve libératoire* au sens de l'art. 55, al. 1 CO. A cet égard, il convient de rappeler que la responsabilité au sens de l'al. 1^{bis} constitue un cas d'application de la responsabilité prévue à l'al. 1 (« ces principes s'appliquent aussi »). Il en est de même pour le fardeau de la preuve. La société mère assignée en responsabilité doit prouver qu'elle a rempli les devoirs qui lui incombent en vertu de l'art. 716a^{bis} (ou les dispositions correspondantes en cas d'autres formes de société) et, partant, qu'elle a concrétisé son devoir de diligence prévu par la loi. En l'espèce, il appartient (naturellement) à la société mère de supporter le fardeau de la preuve. Même sans disposition légale (cf. **ch. 2.1.2.1, let. b, paragraphe 5**), une confirmation indépendante selon laquelle la société s'est conformée aux normes applicables dans le domaine de la protection des droits de l'homme ou de l'environnement est considérée dans une certaine mesure comme une présomption de fait du respect du devoir de diligence.

Par ailleurs, il revient au *demandeur* de *prouver* les conditions fondant une responsabilité, à savoir le contrôle effectif de la société mère sur la filiale, le dommage, l'illicéité ainsi que le lien fonctionnel et la relation de causalité entre le comportement dommageable de l'entreprise contrôlée et la survenance du dommage.

En plus de fournir une base à une libération de responsabilité découlant de l'application de l'art. 55, al. 1, CO, le contre-projet ménage à la société mère la possibilité d'opposer qu'elle ne pouvait pas



influencer le comportement de l'entreprise contrôlée concernée par lesdites violations légales. Il est ici présumé que la société mère a exercé effectivement son contrôle sur la filiale, mais qu'elle n'a, dans ce cas précis, pas pu faire usage de sa possibilité d'influence pour prévenir le comportement ayant causé le dommage, si bien que sa responsabilité ne peut être justifiée. Une influence totale de la société mère sur les activités de sa filiale peut ainsi lui être refusée lorsque l'existence d'autres actionnaires importants au sein des organes de direction de la filiale, ou de représentants de ces actionnaires, l'empêche d'assumer une direction unique. A l'inverse, il est compréhensible que la société mère ne puisse se libérer de sa responsabilité en arguant qu'elle n'a pas exercé de contrôle sur certaines activités concernées directement par les violations légales, car l'existence d'un contrôle effectif oblige la société mère à faire valoir son influence autant que possible.

L'art. 55, al. 1^{bis}, règle uniquement la responsabilité de la société mère du fait de certains comportements fautifs d'une filiale. Selon les *dispositions générales*, qui ne sont pas affectées par les nouveaux al. 1^{bis} et 1^{ter} de l'art. 55, la société mère répond du comportement des personnes autorisées à la gérer ou à la représenter (art. 722). Les dispositions générales permettent donc d'apprécier s'il est possible de fonder une responsabilité de la société mère sur d'autres bases légales, telles que la responsabilité en vertu du principe de transparence (« Durchgriff »). En vertu de la disposition générale prévue à l'art. 55, al. 1, il est notamment concevable que la société mère réponde de dommages qui ne soient causés ni par une atteinte aux biens juridiques visés à l'al. 1^{bis} ni par une violation des dispositions relatives à la protection des droits et de l'homme et de l'environnement à l'étranger. En revanche, toute responsabilité de la société mère fondée sur l'al. 1 est exclue si la condition du contrôle effectif n'est pas remplie ou si la société mère peut invoquer l'absence de possibilité d'influence dans ce cas concret.

2.3.2 Art. 759a CO Ca. *Responsabilité exclue* ; art. 918a CO Ca. *Responsabilité exclue* ; art. 69a^{bis}, al. 2, CC 3. *Respect des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger*

Dans les cas où il est possible de fonder une responsabilité de la société mère sur la base de l'art. 55, al. 1^{bis}, toute *responsabilité personnelle des organes de direction de la société mère vis-à-vis des personnes lésées est exclue*. Une prétention, en elle-même possible, fondée sur la responsabilité des organes en raison d'un dommage direct (et relevant donc des dispositions relatives à la responsabilité pour les organes) ainsi qu'une prétention personnelle contre les organes dans le cas de la responsabilité d'une personne morale (cf. de manière générale l'art. 55, al. 3 CC) sont ainsi exclues. L'allègement de la responsabilité que l'on peut voir par le fait que l'art. 55, al. 1^{bis} constitue dorénavant explicitement une base légale qui existait certes déjà, doit être d'une certaine manière équilibré par une exclusion de responsabilité en faveur des organes. La CAJ-N estime que cette corrélation n'est pas obligatoire du point de vue dogmatique mais qu'elle est acceptable sous l'angle de la politique du droit. De surcroît, le fait d'engager la responsabilité personnelle des organes de direction pour des dommages majeurs résultant de l'activité de grandes entreprises peut être critiquable dans la mesure où une action en responsabilité suscite des attentes qu'il est souvent impossible d'honorer compte tenu des moyens limités des responsables. Cette considération n'est du reste pas valable uniquement dans le contexte d'une prétention en responsabilité en raison de violations de dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement.

En dehors du champ d'application de l'art. 55, al. 1^{bis}, l'exclusion de responsabilité ne s'applique pas, notamment dans le cas de prétentions en responsabilité de la société et des actionnaires contre les organes de direction (cf. art. 754 ss).



2.4 Droit international privé

2.4.1 Art. 139a de la loi sur le droit international privé (LDIP)

II. Droit applicable 2. En particulier g. Violation des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, y compris à l'étranger

L'art. 716a^{bis} et l'art. 55, al. 1^{bis}, règlent une situation internationale car ils concernent, d'une part, une société suisse et, d'autre part, une obligation ou des infractions se rapportant à un acte commis à l'étranger. Dans ce contexte, la CAJ-N a opté pour une *disposition en matière de conflit de loi*. Elle entend ainsi lever en particulier toute ambiguïté quant à la question de savoir si l'art. 55, al. 1^{bis} peut déjà être appliqué sur la base de l'art. 18 LDIP (application de dispositions impératives du droit suisse) sans qu'une règle de conflit particulière ne soit nécessaire.

Il est vrai que le droit international privé suisse part du principe, en ce qui concerne des comportements potentiellement illicites ou des prétentions découlant d'actes illicites, qu'il convient d'appliquer le droit du lieu du résultat si ledit résultat n'est pas constaté dans l'Etat où l'acte illicite a été commis (pour plus de détails, voir l'art. 133, al. 2 LDIP). Dans un tel cas, il s'agit en effet du droit le plus étroitement lié à l'acte illicite. Toutefois, la Suisse a également intérêt à ce que les sociétés constituées en vertu de son droit, y compris les entreprises contrôlées par elles, se conforment aux dispositions légales étrangères qu'elle a adoptées dans le cadre des relations internationales. Dans ce contexte, l'art. 139a prévoit l'ordre suivant :

S'agissant des prétentions 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 de violations des dispositions relatives à la protection des droits de l'homme et de l'environnement, l'*illicéité* et la *culpabilité* sont appréciées à l'aune de ces mêmes dispositions. (Dans le texte allemand, la disposition légale utilise le terme de « Schuldhaftigkeit » car le terme « Verschulden », compte tenu de la construction de la phrase concernée, ne peut être utilisé comme adjectif substantivé pour définir « Verhalten »). La mise en œuvre de ces dispositions doit ainsi être garantie également à l'étranger. On part toujours du principe qu'un tribunal suisse approuve sa compétence pour statuer sur une telle prétention en vertu des règles du droit de la procédure civile internationale en vigueur, lesquelles ne sont nullement affectées par le contre-projet indirect.

Il est possible de déroger exceptionnellement à cette règle lorsque, dans l'Etat où a été commis l'acte illicite ou dans celui où le résultat a été constaté, s'applique un droit dont les dispositions ne correspondent certes pas aux dispositions applicables en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement mais qui, en raison de leur but, conduisent dans ce cas concret à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit. Pour cette raison, le projet de loi s'appuie jusqu'à un certain point sur l'idée de réglementation sous-jacente à l'art. 19 LDIP (prise en considération des dispositions impératives du droit étranger) ; il n'existe toutefois pas de lien direct impératif car la situation de départ en termes de conflit de loi n'est pas la même. Par exemple, si des prescriptions moins strictes en matière de protection de l'environnement peuvent prévaloir dans un autre pays, elles n'en sont pas moins en vigueur et doivent être appliquées. Dès lors, il n'est pas justifié que les faits, qui sont survenus à l'étranger et en vertu d'un autre droit, soient appréciés au regard des prescriptions suisses ou internationales. Dans un tel cas, en adéquation avec l'art. 133, al. 2, phrase 1 ou 2 LDIP, le droit de l'Etat (étranger) dans lequel l'acte a été commis ou dans lequel le résultat s'est produit doit s'appliquer. Il en est de même lorsque, selon les dispositions en vigueur en matière de protection des droits de l'homme et de l'environnement, il n'y a illicéité ou culpabilité qu'au regard du droit étranger applicable.



L'art. 139a, *al. 1* s'applique aux prétentions envers une société mère sur la base de l'art. 55, al. 1^{bis} CO ainsi qu'à celles envers une société suisse qui doit répondre d'actes qui lui sont directement imputables.

L'al. 2 porte sur les prétentions envers une société mère suisse et, partant, renvoie à l'art. 55, al. 1^{bis}, CO. Il vise à garantir le recours à cet article pour juger si une société mère est considérée, dans le droit, comme responsable (pour la question de la personne du responsable, voir art. 142, al. 1) et s'il existe des conditions et des possibilités de libération de responsabilité. Une symétrie en matière de conflit de loi est ainsi créée : puisque l'illicéité d'un acte commis à l'étranger et la culpabilité qui en découle sont appréciées au regard du droit suisse, la société assignée jouit également de la possibilité, toujours en vertu du droit suisse, d'opposer qu'elle n'est pas responsable, notamment en raison de son absence de contrôle effectif sur l'entreprise étrangère concernée, et de faire valoir toutes ses possibilités de libération de responsabilité.