

WAEBER MEMBREZ BRUCHEZ MAUGUÉ

Avocats

12, rue Verdaine – case postale 3647 – 1211 Genève 3
Tél. +41 (0)22 312 35 55 – Fax +41 (0)22 312 35 58 – info@wmbavocats.ch – www.wmbavocats.ch

Etude juridique

Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses

par François MEMBREZ¹, avocat.

¹ Mandat de la campagne « Droit sans frontières », achevé en février 2012, avec la collaboration de Mes Emilie CONTI et Franco SACCONI.

TABLE DES MATIERES

Table des matieres	1
Résumé exécutif.....	3
1. Droits fondamentaux et entreprises	3
2. Responsabilité des sociétés mères pour les actes de leurs filiales et fournisseurs	4
2.1. Droit civil.....	4
2.2. Droit pénal	5
3. Compétence des tribunaux.....	6
3.1. Droit civil.....	6
3.2. Droit pénal	7
4. Accès des victimes à la justice	7
4.1. Code de procédure civile	7
4.2. Code de procédure pénale.....	8
5. Droit de l'environnement	9
I. Introduction	11
1. Droits humains	11
2. Droit de l'environnement	13
II. Etat du droit actuellement en vigueur en Suisse	14
1. Droit international privé	14
1.1. For judiciaire.....	14
1.1.1. Convention de Lugano	14
1.1.2. Loi fédérale sur le droit international privé	15
1.1.2.1. Fors ordinaires	15
1.1.2.2. For de nécessité	15
1.2. Droit applicable	16
1.2.1. Contrat de service	16
1.2.2. Contrat de travail	17
1.2.3. Acte illicite.....	17
1.2.4. Droit des sociétés	18
1.2.4.1. Responsabilité découlant du principe de la transparence	18
1.2.5. Exceptions à l'application du droit étranger désigné par les règles de conflit.....	20
1.3. Propositions de modifications légales	22
1.3.2. Compétence en matière d'actes illicites	23
1.3.3. Responsabilité solidaire de la maison mère	23
2. Droit privé.....	24
2.1. Principe de la responsabilité en droit des sociétés	24
2.1.1. Proposition de modification légale.....	25
2.2. Les groupes de sociétés	25
2.2.1. Responsabilité en qualité d'organe de fait de la filiale	25
2.2.2. Responsabilité fondée sur la confiance.....	26
2.2.3. Principe de la transparence « Durchgriff »	29
2.2.4. Lettres de confort ou lettres de patronage	30
2.2.5. Responsabilité des organes et auxiliaires pour actes illicites	31
2.2.5.1. Les organes	31
2.2.5.2. Les auxiliaires	31
2.2.5.3. Application de l'art. 55 CO à une maison mère pour les agissements de sa filiale ...	32
2.2.5.4. Réflexions et perspectives autour de l'art. 55 CO	33
2.2.5.5. Le système de l'art. 101 CO	33
2.2.6. Conclusions et propositions de modifications légales	34
2.3. La notion d'entreprise en droit des cartels	35
2.4. La responsabilité du fait des produits	36

2.4.1. Généralités	36
2.4.2. Droit applicable en droit international privé	37
3. Droit pénal.....	39
3.1. L'exception de l'article 102.....	39
3.2. La question de la territorialité	40
3.3. Propositions de modifications légales	41
4. Droit de l'environnement	43
4.1. La question de la qualité pour agir	43
4.2. La question de la réparation du dommage	43
4.3. La Convention d'Aarhus.....	44
4.4. Propositions de modifications légales	44
5. Droit de procédure	46
5.1. Procédure civile.....	46
5.1.1. L'absence de toute possibilité de demande collective en procédure civile suisse.....	46
5.1.1.1. La position du Conseil fédéral.....	46
5.1.1.2. Proposition de modification légale	47
5.1.2. L'absence d'une procédure de « discovery ».....	48
5.1.2.1. Propositions de modifications légales.....	49
5.2. Procédure pénale	49
5.2.1. Propositions de modifications légales.....	50
III. Conclusions et propositions en matière de législation	52
1. Principales conclusions.....	52
2. Propositions de modifications légales.....	53

RESUME EXECUTIF

Comment peut-on obliger les multinationales à respecter les droits humains et les standards environnementaux partout dans le monde ? L'expérience a montré que l'autorégulation ne suffit pas à garantir la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE). Il convient donc de corriger ce déficit par des règles juridiquement contraignantes. La Suisse, berceau des droits humains et siège de nombreuses multinationales, peut jouer un rôle pionnier dans ce domaine.

Dans le débat sur les réglementations légales possibles, deux questions principales sont à résoudre :

- Comment amener les entreprises dont le siège se trouve en Suisse à devoir répondre des violations des droits humains et des atteintes à l'environnement liées à leurs activités à l'étranger, via notamment leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs ?
- Comment permettre aux victimes de ces violations d'avoir accès aux tribunaux suisses et d'obtenir justice en toute équité selon le droit suisse – et pas seulement selon le droit de leur pays, qui peut être défavorable ?

La campagne « Droit sans frontières » a donné mandat à l'avocat François Membrez (Genève) d'analyser le droit suisse à la lumière de ces questions et de faire des propositions concrètes pour combler les lacunes.

Sa conclusion générale est claire : la législation suisse ne contient pas de disposition qui oblige les entreprises et leurs dirigeants à faire respecter les droits humains et les normes environnementales dans leurs activités à l'étranger. Elle ne permet pas de rendre une maison mère responsable des atteintes aux droits humains et à l'environnement commises par ses filiales, sous-traitants et fournisseurs. Elle n'offre pas non plus de possibilité pour les victimes d'obtenir efficacement réparation. Des modifications légales sont donc nécessaires afin de remédier à ces manques.

Voici le résumé des principaux résultats et des recommandations de cette étude.

1. Droits fondamentaux et entreprises

Les droits humains font partie des droits fondamentaux universels et inaliénables de toute personne. En Suisse, les droits fondamentaux sont garantis par plusieurs conventions internationales (Pactes de l'ONU, Convention européenne des droits de l'homme) ainsi que par la Constitution fédérale et les constitutions cantonales. Ils sont protégés par l'Etat et dirigés contre l'Etat.

Toutefois, l'article 35 de la Constitution fédérale – introduit lors de la révision totale en 1999 – précise que les « droits fondamentaux devraient aussi se refléter dans les règles juridiques qui déterminent les rapports entre les particuliers ». Cet alinéa 3 résulte du constat que les droits fondamentaux sont souvent menacés non seulement par des actes étatiques, mais aussi par les comportements de personnes – physiques et morales – qui occupent une position de pouvoir, telles les grandes entreprises.

Il ressort deux choses de ce nouvel article constitutionnel. D'une part, les entreprises sont reconnues comme des auteurs potentiels de violations des droits humains. D'autre part, le constituant fédéral (le peuple et les cantons) a donné aux autorités le mandat de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers, notamment entre entreprises et individus. Ce mandat correspond *de facto* à deux des trois piliers du cadre général (« Protéger, respecter et réparer ») défini par John Ruggie, l'ancien Représentant spécial des Nations Unies pour les questions de droits humains et entreprises : l'obligation des Etats de protéger les populations contre les violations des droits humains commises par des tiers (y compris les entreprises) et la nécessité d'un meilleur accès à des mesures de réparation pour les victimes. Or, force est de constater que ce mandat n'a pas encore été réalisé à ce jour.

Les modifications légales proposées dans cette étude constituent, en ce sens, des propositions pour que le législateur suisse remplisse le mandat inscrit dans la Constitution. Elles sont également un moyen pour la Suisse de mettre en œuvre le cadre de référence et les Principes directeurs élaborés par John Ruggie et adoptés par le Conseil des droits de l'homme en 2011.

2. Responsabilité des sociétés mères pour les actes de leurs filiales et fournisseurs

2.1. Droit civil

Le droit civil régit les rapports privés entre les personnes. Il permet aux lésés d'obtenir réparation pour les dommages causés par des personnes physiques ou morales. En droit civil suisse, la mise en œuvre d'une responsabilité des entreprises pour les atteintes aux droits humains et à l'environnement se heurte à plusieurs obstacles :

- 1) Dans son cadre de référence « Protéger, respecter, réparer », John Ruggie indique que les entreprises – c'est son deuxième pilier – ont la responsabilité de respecter tous les droits humains, partout dans le monde. Elles sont appelées, pour cela, à mettre en place des processus de diligence raisonnable, qui s'étendent à toute la chaîne de valeur ajoutée, y compris les sous-traitants et fournisseurs. Or, aujourd'hui, selon le droit suisse, les membres du conseil d'administration d'une société anonyme n'ont aucune obligation de faire respecter les droits humains et l'environnement dans le cadre de leurs activités. Leur devoir de diligence ne les oblige qu'à sauvegarder fidèlement les intérêts de la société (art. 717 al. 1 CO).
- 2) Une société répond des actes illicites² commis par ses dirigeants ou par les personnes habilitées à la représenter dans le cadre de leurs activités, en Suisse et à l'étranger (art. 55 CC et art. 722 CO). Les personnes lésées peuvent donc s'en prendre directement à la société et lui réclamer des dommages-intérêts. Cependant, dans un groupe de sociétés, le principe qui prévaut est la séparation entre la maison mère et sa filiale (*corporate veil*) : chacune de ces personnes morales est une entité juridique propre et a une responsabilité limitée. La maison mère n'aura donc pas à répondre des actes illicites commis par une filiale (même à 100 %), ni de ceux d'un sous-traitant ou fournisseur dont elle a le contrôle. La situation est la même en cas de violations contractuelles. La filiale, le sous-traitant et le fournisseur sont seuls responsables. Les exceptions (abus de droit, responsabilité fondée sur la confiance) à cette règle de la dualité juridique sont rares et font l'objet d'une interprétation très restrictive du Tribunal fédéral. En d'autres termes, le droit suisse ne donne pas aux victimes la possibilité de réclamer réparation à la maison mère si l'on se trouve dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Il convient donc de compléter la loi par deux dispositions dans le but que :

- les membres du conseil d'administration doivent prendre les mesures nécessaires afin de veiller au respect des droits humains et de l'environnement par la société, y compris par les filiales, les sous-traitants et les fournisseurs (*duty of care* ; ajout d'un 3e alinéa à l'art. 717 CO) ;
- la maison mère répond solidairement des actes illicites et des engagements contractuels de toutes les sociétés du groupe ainsi que des actes illicites et des engagements contractuels de ses sous-traitants et fournisseurs (*direct liability* ; nouvel art. 722a CO).

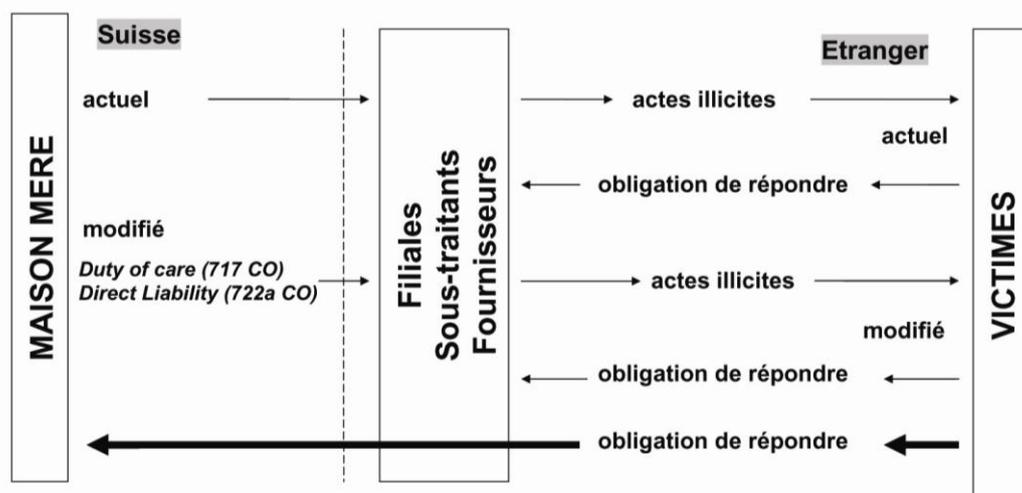
² Le droit suisse considère comme acte illicite la création d'un état de fait dangereux, l'atteinte à un droit absolu d'une personne et la violation d'une norme de comportement – écrite ou non écrite, de droit privé, public ou pénal. Les violations des droits humains correspondent juridiquement le plus souvent à des actes illicites.

Afin de mettre en œuvre la responsabilité solidaire de la maison mère (domiciliée en Suisse) pour les actes commis par sa filiale (à l'étranger), il faut également prévoir l'application du droit suisse. Ce n'est pas le cas actuellement. En effet, quand une société est en cause, le droit applicable est déterminé par le lieu de son incorporation. Concrètement, dans un litige impliquant un groupe de sociétés, le principe qui prévaut est celui de la dualité juridique entre la société-mère et sa filiale à l'étranger : le droit applicable est donc celui de l'Etat dans lequel la filiale a son siège, indépendamment de savoir si c'est elle ou la société mère qui est traduite en justice.

Etant donné la responsabilité solidaire qui serait introduite en droit suisse, il convient de proposer une modification légale afin de :

- permettre l'application du droit suisse dans le cas d'une plainte envers une maison mère domiciliée en Suisse pour les actes illicites et les engagements contractuels de ses filiales, sous-traitants et fournisseurs (ajout d'une lettre j à l'art. 155 LDIP).

Responsabilité des maisons mères - Droit civil



2.2. Droit pénal

Le droit pénal couvre l'ensemble des règles de droit organisant – au moyen de peines – la répression des atteintes à l'ordre social et des comportements considérés comme des crimes, des délits et des contraventions. L'une des caractéristiques du droit pénal suisse – à l'inverse du droit pénal français, par exemple – est qu'il s'applique seulement aux personnes physiques. Une personne morale (société) ne peut en principe pas être rendue responsable d'infractions pénales.

Il existe cependant une disposition qui fait exception à cette règle et qui s'applique non seulement aux individus, mais également aux entreprises. Il s'agit de l'article 102. Il prévoit deux choses. D'une part, la punissabilité exclusive de l'entreprise quand – par manque d'organisation – il n'est pas possible de déterminer quelle personne physique est responsable d'un crime ou délit commis en son sein. D'autre part, la punissabilité conjointe de la société et de la personne physique pour un certain nombre de délits économiques : participation à une organisation criminelle, financement du terrorisme, blanchiment d'argent, formes diverses de corruption. L'entreprise en tant que telle peut faire l'objet d'une poursuite pénale si elle n'a pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher de telles infractions.

Selon la doctrine, cet article 102 suffirait à imputer à la société-mère les infractions commises au sein de ses succursales et des filiales de son groupe. Ses possibilités d'usage sont cependant très restreintes. D'abord, le montant maximal (5 millions de francs) de l'amende encourue par l'entreprise incriminée est inférieur aux sanctions prévues à l'étranger et trop bas pour avoir un effet dissuasif, en particulier sur les sociétés transnationales. Ensuite, l'article ne vise qu'un nombre restreint

d'infractions qui ne couvrent pas les violations des droits humains et les atteintes à l'environnement. De fait, étant donné également les obstacles de procédure, les condamnations sur cette base ont jusqu'ici été extrêmement rares. C'est le cas, par exemple, de l'entreprise Alstom Network Suisse pour la corruption d'agents publics étrangers (novembre 2011). C'est pourquoi, il conviendrait :

- De relever de 5 à 50 millions de francs le montant maximal de l'amende (modification de l'alinéa 1) ;
- d'étendre la liste des infractions pouvant faire l'objet d'une poursuite pénale contre une entreprise, en intégrant les génocides et crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, la mise en danger de la vie ou de la santé d'autrui, les homicides, meurtres ou assassinats, les lésions corporelles graves, simples et par négligence, les dommages à la propriété, la contamination de l'eau potable (ajout d'un 3^e alinéa à l'art. 102 CP, les actuels alinéas 3 et 4 devenant 4 et 5).

3. Compétence des tribunaux

3.1. Droit civil

La Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) régit la compétence des autorités judiciaires en l'absence de traités internationaux. Elle règle la détermination du pays dans lequel un litige peut être jugé (for judiciaire) et celle du droit applicable lorsqu'un acte illicite a été commis hors des frontières suisses (extraterritorialité). Cette double question est essentielle pour deux raisons. D'abord, nombre d'activités des entreprises suisses ont été délocalisées à l'étranger. Or, c'est dans les pays en développement ou à faible gouvernance que sont commises les violations des droits humains et de l'environnement les plus graves et les plus fréquentes. Il est donc essentiel que les autorités judiciaires puissent se prononcer sur ces violations lorsque des sociétés helvétiques sont impliquées, directement ou à travers leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Ensuite, selon les pays en question, le droit local – notamment en matière de réparation – peut être défavorable aux victimes. Il est donc important que le droit suisse puisse s'appliquer en cas de litige touchant les droits humains et l'environnement.

Deux questions principales se posent ici :

- 1) *Une plainte peut-elle être déposée auprès des tribunaux suisses contre une entreprise ayant son siège en Suisse, si l'acte illicite a été commis à l'étranger ?* La réponse est oui, pour autant que l'auteur ne soit pas une filiale à l'étranger, mais bien une société domiciliée en Suisse. La Suisse, en effet, ne connaît pas le principe du *forum non conveniens*, institution propre au droit anglo-saxon et aux Etats de *common law*. Cela signifie que le juge suisse n'a pas le pouvoir de se dessaisir d'une affaire ou de renoncer à exercer sa compétence simplement parce que le litige a eu lieu à l'étranger ou parce que le plaignant peut porter l'affaire devant un tribunal compétent à l'étranger.
- 2) *Quel est le domicile d'une société ?* Cette question n'est pas anodine : du fait des structures complexes des holdings qui installent leur siège statutaire dans des paradis fiscaux, il est devenu souvent difficile d'établir le domicile d'une société. La législation suisse (Loi sur le droit international privé et Code de procédure civile) continue à définir celui-ci au siège juridique de la société. Elle n'a pas été harmonisée avec la Convention de Lugano. Révisé en 2007 et entré en vigueur le 1er janvier 2011, ce traité international – dont la Suisse est partie – stipule que les sociétés et personnes morales sont domiciliées non seulement là où se trouve leur siège statutaire, mais aussi leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 60, al. 1). Les tribunaux suisses devraient donc s'estimer compétents non seulement si la société assignée a son siège en Suisse, mais aussi son centre de décision ou son activité essentielle. Cette compétence – du fait que la maison mère et sa filiale sont deux entités

juridiques séparées – ne couvre pas les agissements des filiales à l'étranger, sauf si l'on peut démontrer qu'elles sont administrées en Suisse.

Cette situation, très insatisfaisante, exige plusieurs modifications légales, afin de :

- harmoniser avec la Convention de Lugano la notion de domicile des personnes morales (sociétés et trusts) telle qu'elle est définie dans la Loi sur le droit international privé (art. 21) et dans le Code de procédure civile (art. 10, al. 1, lettre b) ;
- rendre les tribunaux suisses compétents pour juger les actes illicites commis par toute société du groupe – même sise hors de Suisse – dont la maison mère est domiciliée en Suisse (ajout d'un 3e alinéa à l'art. 129 LDIP) ;

3.2. Droit pénal

La responsabilité pénale de la maison mère peut-elle être engagée, en Suisse, pour des actes commis au sein de ses succursales ou filiales à l'étranger ? Le principe qui prévaut est celui de la territorialité : le Code pénal est applicable à toute personne physique qui commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3). Il est également applicable si la victime est suisse ou réside en Suisse.

Le code pénal s'applique aussi aux crimes et délits perpétrés à l'étranger et poursuivis en vertu d'un accord international, à condition que l'acte soit également réprimé dans l'Etat où il a été commis et que l'auteur se trouve en Suisse (art. 6). De plus, il existe une compétence universelle pour les actes de génocide et de crime contre l'humanité ainsi que pour les crimes de guerre. Cette disposition permet aux autorités suisses de poursuivre pénalement leur auteur en cas de présence en Suisse, sauf exceptions à l'instar de l'extradition vers un tribunal international comme la Cour pénale internationale. Si une entreprise ayant son siège, son administration ou ses activités principales en Suisse se révèle être complice de tels actes commis à l'étranger, ses dirigeants pourront être poursuivis en Suisse s'ils sont identifiés, ou à défaut l'entreprise elle-même.

4. Accès des victimes à la justice

La question de l'accès des victimes à la justice touche aux règles de procédure. Le droit suisse, ici aussi, est très restrictif.

4.1. Code de procédure civile

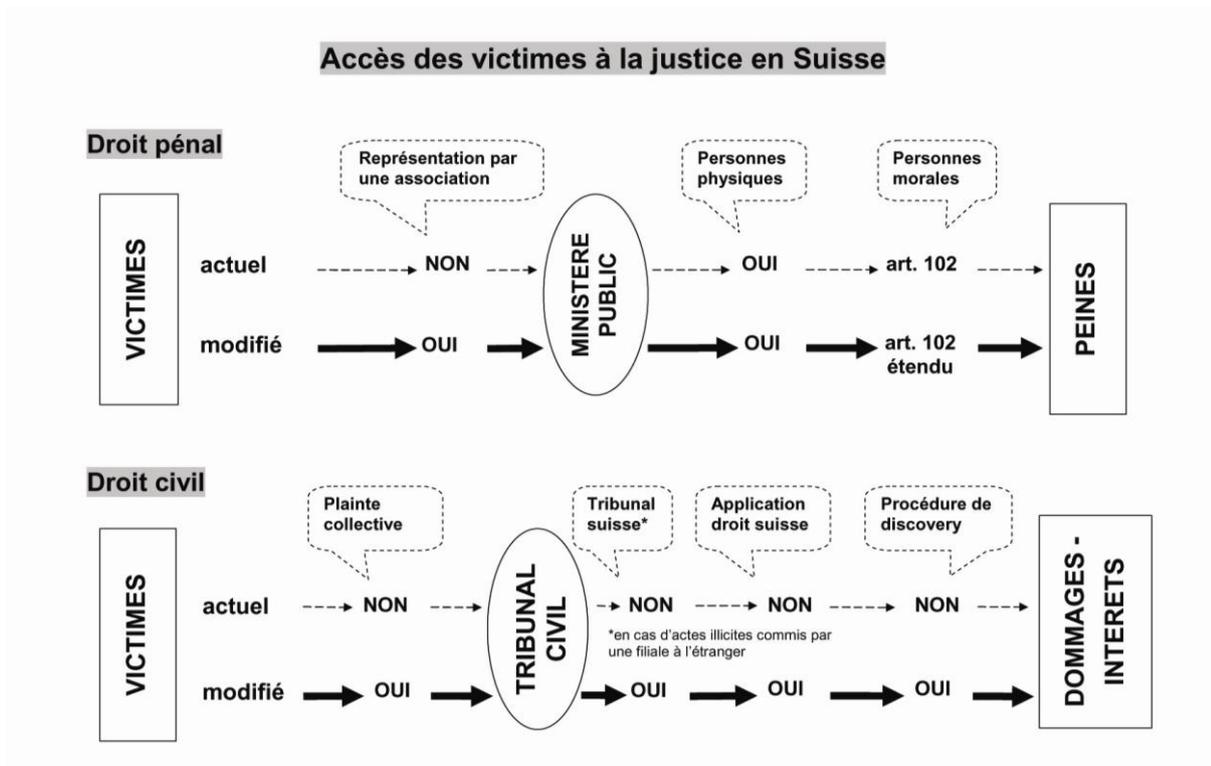
En procédure civile, les victimes subissant un dommage analogue causé par une même entreprise ne bénéficient pas de la possibilité de déposer une demande collective. Le Conseil fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises contre l'introduction dans le droit suisse d'une plainte collective. Raisons ? Les expériences selon lui négatives avec les actions de groupe (*class actions*) à l'américaine, la crainte d'abus et de problèmes d'organisation liés à la complexité de la procédure. Dans son *Message* relatif au code de procédure civil suisse (2006), il estimait également que les instruments classiques à disposition suffisaient. Cette position frileuse a été critiquée en doctrine. Récemment, le cas UBS a révélé les lacunes importantes – reconnues par le Conseil fédéral – dans la protection juridique des plaignants en Suisse. Il est désormais incontestable que le droit suisse de procédure civile est insuffisant en matière de protection collective.

Par ailleurs, le droit suisse ne connaît pas la procédure de « discovery ». Concrètement, la loi n'oblige pas une entreprise à fournir des informations ou à produire des pièces qui pourraient être utiles à la solution d'un litige. Un individu plaidant contre une entreprise sera dès lors obligé de prouver la culpabilité de l'entreprise sans avoir accès aux documents-clés. Les armes ne sont donc pas égales. Le juge n'aura que peu de possibilités de rétablir l'équilibre et de réduire la disproportion des moyens et de puissance entre les parties. Le nouveau Code de procédure civil suisse, entré en vigueur le 1er

janvier 2011, marque à cet égard un net recul en facilitant le droit des parties de refuser de collaborer à l'apport de la preuve.

Pour remédier à ces insuffisances procédurales, en tenant compte des réticences émises par le Conseil fédéral envers l'action de groupe à l'américaine, il est proposé de :

- octroyer aux associations d'importance nationale ou régionale la possibilité d'agir pour réclamer le paiement de dommages-intérêts en faveur de groupes de personnes dont elles sont habilitées à défendre les intérêts (nouvel art. 89a dans le Code de procédure civil) ;
- améliorer l'accès aux preuves. Le juge doit pouvoir obliger la partie qui détient des pièces utiles à les produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus de collaborer sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse sera considéré comme prouvé (nouvelle teneur pour les art. 162 à 164 du Code de procédure civil).



4.2. Code de procédure pénale

La mise en œuvre de l'action pénale incombe au Ministère public. La loi l'enjoint d'agir d'office, dès l'instant où des soupçons d'infraction existent. L'expérience montre cependant que les procureurs n'ont pas toujours la volonté d'agir, notamment dans des situations délicates comme celles concernant des violations des droits humains au plan international. Quand le Ministère public refuse d'agir, il revient donc à la personne directement lésée de saisir la justice, ce qui n'est pas toujours possible. De plus, il y a des infractions pour lesquelles il n'existe pas de lésé direct. C'est notamment le cas en matière de corruption ou de blanchiment d'argent, où la preuve d'un dommage est souvent difficile à établir. Sachant que la corruption d'agents publics joue un rôle déterminant dans les atteintes aux droits fondamentaux de nombreuses populations, il n'est pas admissible que la décision d'engager ou non une action pénale en Suisse soit laissée à la libre appréciation du Ministère public – sans recours possible.

C'est pourquoi il est nécessaire de :

- permettre aux associations d'importance nationale d'exercer les droits des victimes dans la poursuite d'un certain nombre d'infractions pénales : discrimination raciale, génocides et crimes contre l'humanité, crimes de guerre, gestion déloyale des intérêts publics, corruption, blanchiment d'argent, contamination d'eau potable, dommages à la propriété (nouvel art. 121 bis du Code de procédure pénale et ajout d'une lettre d. à l'art. 104 al. 1 du Code de procédure pénale).

Une telle réforme ne constituerait pas une véritable nouveauté en droit suisse. Les associations ont en effet déjà qualité pour agir pénalement en matière de concurrence déloyale. Par ailleurs, en droit français, le code de procédure pénale permet aux associations de représenter les lésés dans de nombreux domaines.

5. Droit de l'environnement

Jusqu'ici, en Suisse, la protection de la nature a relevé essentiellement du droit public. Celui-ci régit les rapports entre l'Etat et les citoyens, alors que le droit privé règle les relations des citoyens entre eux. Plusieurs lois fédérales – complétées par de nombreuses ordonnances du Conseil fédéral – protègent l'environnement, les eaux, les forêts et le paysage. Leur mise en œuvre effective dépend en grande partie de la volonté des autorités. Cependant, on admet aujourd'hui que nombre d'atteintes à l'environnement – entre autres, par des entreprises – relèvent *de facto* du droit privé. Celui-ci est donc très important pour renforcer la protection de la nature. Il doit notamment permettre un contrôle élargi ainsi qu'un règlement des conflits entre entreprises et particuliers. Ces derniers sont de plus en plus nombreux à vouloir disposer de voies juridiques en cas d'atteintes à l'environnement.

Plusieurs traités internationaux reconnaissent l'importance du droit privé en matière environnementale. Ils consacrent le droit de l'individu à vivre dans un environnement sain et exigent des Etats qu'ils instaurent des instruments juridiques à disposition des particuliers. C'est, par exemple, le cas de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement. La Suisse, pour l'heure, n'a pas ratifié ce traité. Elle ne remplit pas les obligations qui en découlent.

Deux problèmes principaux se posent. D'une part, en cas de dommages causés à l'environnement, l'accès à la justice pour les associations est impossible, car la législation actuelle ne leur reconnaît pas la qualité pour agir. D'autre part, en droit privé de l'environnement, l'action en responsabilité civile se heurte à une définition du dommage qui limite artificiellement le champ de protection aux intérêts de nature économique. Les dommages-intérêts qui peuvent être réclamés ne couvrent pas la remise en état de l'environnement ayant subi des dégradations.

Pour pallier ces insuffisances, il convient donc d'ajouter un art. 59e au titre 4 de la Loi sur la protection de l'environnement, afin de:

- permettre à une organisation de protection de l'environnement d'agir en responsabilité civile pour une atteinte à l'environnement en Suisse et à l'étranger ;
- permettre à une organisation de protection de l'environnement d'agir en paiement de dommages-intérêts à un lésé ou à une collectivité ayant subi le préjudice d'une atteinte à la nature ;
- faire que le dommage alloué par le juge couvre les coûts de remise en état de l'environnement dégradé.

Michel Egger / Chantal Peyer
« Droit sans frontières »

Etude juridique

Les remèdes juridiques face aux violations des droits humains et aux atteintes à l'environnement commises par les filiales des entreprises suisses

I. INTRODUCTION

Les droits humains et le respect de l'environnement sont deux domaines dans lesquels, depuis bien longtemps, les pouvoirs publics se sont heurtés à la puissance des entreprises.

En 2005, le Professeur John Ruggie a été nommé Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur la question des droits humains et des entreprises transnationales et autres entreprises. Dans ses rapports, il a défini le concept « protéger, respecter et réparer », s'articulant ainsi : 1) le devoir de l'Etat de protéger les citoyens à l'encontre des violations des droits humains commises par des tiers, y compris les entreprises ; 2) la responsabilité des entreprises de respecter les droits humains, c'est-à-dire d'agir avec diligence et d'éviter la transgression des droits des tiers ; 3) un meilleur accès pour les victimes à des réparations en cas de violations des droits humains commises par les entreprises.

Le 16 juin 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a adopté le rapport final du Représentant spécial. S'insérant dans le cadre de référence « protéger, respecter et réparer », il conclut que l'Etat doit prendre des mesures pour amener les entreprises à respecter les droits humains, partout dans le monde, conformément à son obligation de droit international de protéger (« State duty to protect »). L'Etat doit également mettre en œuvre des mécanismes efficaces de réparation et de règlement des litiges (« access to remedy »)³.

La présente étude a pour but de dresser un état des lieux, en droit suisse, des obligations des entreprises en matière de droits humains et des possibilités offertes aux victimes d'obtenir réparation en cas d'atteintes à leurs droits ainsi qu'à l'environnement, commises par les entreprises suisses et leurs filiales ou fournisseurs à l'étranger. Elle s'achèvera par des propositions de modifications légales.

1. Droits humains

Droits humains, droits de l'homme et droits fondamentaux sont des synonymes. Les droits de l'homme sont les droits fondamentaux de l'être humain. Ils définissent la relation entre l'individu et la structure du pouvoir, en particulier l'Etat. Ils fixent les limites dans lesquelles l'Etat peut exercer son pouvoir et exigent en même temps de l'Etat qu'il prenne des mesures positives pour garantir un environnement qui permette à tous les êtres humains de jouir de leurs droits⁴.

On distingue plusieurs catégories de droits humains: *les libertés* (liberté d'expression, liberté économique, liberté d'association, etc.), *les garanties de l'Etat de droit* (principe d'égalité et interdiction des discriminations, interdiction de l'arbitraire, garanties de procédure, etc.), *les droits*

³ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies, A/HRC/17/31.*

⁴ *Droits de l'homme, guide à l'usage des parlementaires*, édité par l'Union parlementaire et le Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, ISBN 92-9142-267-3, 2005, p. 1.

sociaux (droit au logement, droit à des conditions minimales d'existence, droit de grève, etc.) et *les droits politiques* (droit de vote, droit d'élire et d'être élu, etc.)⁵.

En Suisse, ces droits sont garantis par plusieurs conventions internationales, telles la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et les pactes de l'ONU relatifs aux droits de l'homme, ainsi que par la Constitution fédérale et les constitutions cantonales.

L'art. 35 de la Constitution fédérale (Cst.) – introduit dans la révision totale du 18 avril 1999 – dispose que les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique (al. 1). Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (al. 2). De plus, 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 (al. 3).

Le 3^{ème} alinéa résulte du constat que :

« les biens juridiques protégés par les droits fondamentaux sont souvent menacés non seulement par des actes étatiques, mais aussi, et parfois surtout, par les comportements des particuliers, notamment quand il s'agit de personnes – physiques ou morales – qui occupent une position de pouvoir social ou économique (grandes entreprises, employeurs, etc.). Or, en tant que principes généraux de l'ensemble de l'ordre juridique, les droits fondamentaux devraient aussi se refléter dans les règles juridiques qui déterminent les rapports entre les particuliers »⁶.

Par la règle de l'art. 35 al. 3 Cst., « le constituant fédéral [soit le peuple et les cantons], qui a mis fin à un débat doctrinal parfois acharné, a donné aux autorités le mandat de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers »⁷.

Le Tribunal fédéral – se référant explicitement à l'art. 35 Cst. – a jugé il y a plus de 10 ans déjà que, selon une nouvelle conception, les droits fondamentaux n'ont pas qu'une fonction protectrice contre les préjudices causés par l'Etat, mais fondent également un devoir de protection de l'Etat contre les préjudices causés par les tiers. Mentionnant que cette conception est défendue par la doctrine et la jurisprudence, le Tribunal fédéral rappelle que l'art. 2 CEDH fonde également une obligation positive pour les Etats contractants de protéger la vie et que la Cour européenne des droits de l'homme a déduit de l'art. 8 CEDH l'existence d'un devoir de l'Etat de protéger les droits fondamentaux menacés⁸.

Il existe donc un mandat clair, adressé au législateur suisse, d'édicter des normes de protection contre les violations des droits fondamentaux commises par des particuliers, qu'il s'agisse de personnes privées ou d'entreprises. Force est ainsi de constater que la Constitution, le Tribunal fédéral et le Représentant spécial John Ruggie sont à l'unisson. En effet, selon les conclusions de ce dernier adoptées par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, il découle du devoir de l'Etat de protéger (« State duty to protect ») l'obligation de prendre des mesures pour éviter la violation des droits humains par les entreprises.

La présente étude permettra de constater que ce mandat n'a malheureusement pas encore connu de réalisation à ce jour, comme en témoigne notamment l'absence de remèdes juridiques face aux violations des droits humains commises par les entreprises multinationales suisses ainsi que l'absence d'obligations de protection à la charge de leurs dirigeants. D'où la nécessité de modifications légales, qui seront proposées dans la présente étude.

⁵ Andreas AUER, Giorgio MALINVERNI, Michel HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 2^{ème} éd., Berne 2006, chap. 1, pp. 5 ss.

⁶ Pascal MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, art. 35 n° 10, p. 315.

⁷ *Idem*, ad art. 35 n° 12, p. 316.

⁸ *Arrêt du Tribunal fédéral* (ATF) 126 II 300 du 3 mai 2000, consid. 5a, p. 314. L'obligation d'agir de l'Etat a toutefois été niée en l'espèce (protection contre le bruit émanant d'un stand de tir).

2. Droit de l'environnement

Le droit public régit les rapports entre l'Etat et les citoyens, alors que le droit privé régit les rapports des citoyens entre eux. En droit public suisse, plusieurs lois fédérales régissent la protection de l'environnement, des eaux, des forêts ainsi que de la nature et du paysage. Elles sont complétées par une multitude d'ordonnances du Conseil fédéral. Cependant, il est admis aujourd'hui que le droit de l'environnement fait partie de ces matières qui ne peuvent plus être attribuées au seul droit public⁹. La volonté des particuliers de disposer également de voies de droit en cas d'atteintes à l'environnement s'est manifestée à de nombreuses reprises ces dernières années¹⁰.

Par ailleurs, des textes internationaux consacrent le droit de l'individu à vivre dans un environnement sain et imposent aux Etats de mettre en place des instruments juridiques à disposition des particuliers. Tel est, par exemple, le cas de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement¹¹. Contrairement à d'autres, cette convention n'a pas encore été ratifiée par la Suisse, qui l'a uniquement signée. Selon les commentaires à son propos de la Commission économique sur l'Europe des Nations Unies (CEE), elle lie les droits environnementaux et les droits humains entre eux. Elle impose à cet effet aux autorités publiques des obligations de participation du public et d'accès à la justice¹².

Comme cela sera constaté plus loin, force est de constater que ces obligations ne sont pas remplies aujourd'hui en Suisse, notamment en termes d'accès à la justice. De plus, en droit privé de l'environnement, l'action en responsabilité civile se heurte à une définition du dommage qui limite artificiellement le champ de protection juridique aux intérêts de nature économique¹³.

Des modifications légales s'imposent ainsi également en droit de l'environnement. Des propositions seront formulées dans le cadre de la présente étude.

⁹ Benoît CHAPPUIS, «Le dommage environnemental : un état des lieux», in : *Les entreprises et le droit de l'environnement*, publication CEDIDAC n° 82, Lausanne, 2009, p. 6.

¹⁰ Anne-Sylvie DUPONT, *Droit public, responsabilité civile et protection de l'environnement : deux outils au service d'un objectif essentiel*, *Droit de l'environnement dans la pratique*, URP/DEP 4, 2009, p. 424.

¹¹ Conclue à Aarhus, Danemark, le 25 juin 1998, en vigueur dès le 30 octobre 2001.

¹² Cf. www.unece.org/env/pp.

¹³ DUPONT, *op.cit.*, p. 422.

II. ETAT DU DROIT ACTUELLEMENT EN VIGUEUR EN SUISSE

1. Droit international privé

1.1. For judiciaire

Vu son contexte international, l'action judiciaire intentée en Suisse par une personne domiciliée à l'étranger et lésée par la filiale d'une société suisse, débutera par une analyse de la compétence du tribunal saisi, eu égard aux règles de droit international privé applicables en Suisse. Il s'agit en particulier de la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano 2007, CL) et de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP).

1.1.1. Convention de Lugano

Les Etats parties à la Convention de Lugano sont les Etats membres de l'Union européenne, la Suisse, l'Islande et la Norvège. Le principe fondamental posé par l'art. 2 de cette convention est celui du for au domicile du défendeur. Selon ce principe, toute personne domiciliée sur le territoire d'un Etat contractant doit être atraite, quelle que soit sa nationalité, devant les juridictions de cet Etat, sous réserve des exceptions prévues. Il existe en effet d'autres fors dans des domaines spécifiques.

S'agissant des sociétés et des personnes morales, la Convention de Lugano prévoit qu'elles sont domiciliées là où est situé leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement (art. 60 al. 1 CL). Cela signifie en particulier qu'en matière civile et commerciale, les tribunaux suisses du lieu où est administrée une société (suisse ou étrangère) seront compétents pour connaître de toute prétention dirigée contre celle-ci.

Il y a donc une avancée importante avec la Convention de Lugano 2007, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Sa version précédente, entrée en vigueur pour la Suisse en 1992, ne contenait pas ces différentes notions de domicile des personnes morales. Seul le siège social était pris en compte. Dorénavant, l'art. 60 al. 1 CL prévoit que des éléments factuels et celui de l'incorporation – résultant de la loi – sont combinés alternativement. Si l'administration centrale, l'établissement principal ou le siège statutaire se situent dans des Etats contractants différents, le demandeur est libre d'introduire l'action dans chacun de ces Etats. Ces termes sont repris de l'art. 48 al. 1 du Traité CE. Cette règle vaut même si le demandeur est domicilié dans un Etat tiers. La Suisse a en effet accepté la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dont notamment l'arrêt « Group Josi », qui veut qu'une partie domiciliée hors du périmètre de la Convention de Lugano et ouvrant action devant un tribunal d'un Etat membre doit se soumettre aux règles de compétence territoriale posées par cette convention, mais peut aussi se mettre au bénéfice des dispositions de celle-ci¹⁴.

Selon le message du Conseil fédéral, le siège statutaire découle des statuts de la société et l'administration centrale est le lieu où se prennent les décisions et où se trouve la direction d'exploitation, soit en règle générale au siège de ses organes. L'établissement principal est celui où se déroule en pratique l'activité essentielle de la société, c'est-à-dire le lieu où se concentrent son personnel et ses ressources matérielles. La notion élargie du siège telle qu'elle figure à l'art. 60 contribuera à étendre le champ d'application personnel et territorial de la convention. On peut dès lors imaginer que celle-ci pourra s'appliquer à des sociétés qui, sans avoir leur siège dans un Etat contractant, ont leur administration effective dans l'un de ceux-ci¹⁵.

Il faut ajouter qu'il n'existe pas, en Suisse, de *forum non conveniens*, institution typique des Etats de *common law*. Cette doctrine confère au juge la faculté de surseoir à statuer ou de se dessaisir pour le motif que le for saisi n'est pas approprié ou qu'un for plus approprié se trouve à l'étranger, s'il est

¹⁴ Louis GAILLARD, « Procédure civile et exécution forcée, séquestre et acte authentique exécutoire », in : *Journée 2010 de droit bancaire et financier* (Luc THÉVENOZ et Christian BOVET, éd.), Genève 2011.

¹⁵ *Feuille fédérale (FF)* 2009 1497.

établi que le demandeur peut porter le litige devant un tribunal compétent à l'étranger¹⁶. En Suisse, comme dans les autres Etats à tradition civiliste, le juge de droit civil ne dispose pas d'un pouvoir général lui permettant de se dessaisir ou de renoncer à exercer sa compétence. La seule réserve générale est celle de l'abus de droit ; elle signifie que le juge suisse doit se dessaisir lorsque le demandeur n'a aucun intérêt légitime à agir en Suisse¹⁷.

En conclusion, dans le cas d'une personne lésée qui assigne une entreprise ayant son siège en Suisse devant les tribunaux suisses, ceux-ci devraient se juger compétents en vertu du principe du for du domicile du défendeur, quel que soit le lieu où le dommage s'est produit, que ce soit en Suisse ou à l'étranger (art. 2 ch. 1 *cum* 60 ch. 1 CL). Il en est de même si la société n'a pas son siège en Suisse mais que s'y situe le centre de ses décisions ou son activité essentielle.

Il convient de noter toutefois que cette réglementation – du fait que la maison mère et sa filiale sont deux entités juridiques séparées, comme cela sera exposé ci-après – ne permet pas d'attaquer devant les tribunaux suisses la filiale étrangère d'une entreprise suisse, à moins évidemment de faire la démonstration que la filiale est administrée en Suisse.

1.1.2. Loi fédérale sur le droit international privé

1.1.2.1. Fors ordinaires

La LDIP régit la compétence des autorités judiciaires en l'absence de traités internationaux. Le principe fondamental posé par l'art. 2 de cette loi est également celui du for du défendeur. Il existe en outre d'autres fors dans des domaines spécifiques, notamment en matière d'actes illicites.

Toutefois, la LDIP ne prévoit pas, en ce qui concerne le domicile des personnes morales, la même réglementation que la Convention de Lugano révisée. Par nécessité de cohérence, une modification légale sera ainsi proposée à cet effet, de même que dans le Code de procédure civile suisse, qui régit la compétence interne (voir ci-dessous 5.1.).

Une modification de la LDIP sera enfin proposée afin de donner la compétence aux tribunaux suisses d'examiner les actions intentées à l'encontre de filiales étrangères d'entreprises suisses.

1.1.2.2. For de nécessité

Par ailleurs, il convient de préciser que le droit suisse prévoit également un for de nécessité, dont l'objectif est d'éviter de faire subir au demandeur un déni de justice¹⁸. Le for de nécessité constitue une soupape de sûreté en vue d'éviter un déni de justice formel¹⁹. Selon l'art. 3 LDIP, lorsque cette loi ne prévoit aucun for en Suisse et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle y soit introduite, les autorités judiciaires ou administratives suisses du lieu avec lequel la cause présente un lien suffisant sont compétentes.

L'application de cette norme attributive de compétence suppose la réunion de trois conditions cumulatives: 1) les autorités suisses ne sont pas compétentes en vertu d'une autre disposition ; 2) une action à l'étranger est impossible ou ne peut être raisonnablement exigée ; 3) la cause présente un lien suffisant avec la Suisse²⁰.

C'est au recourant qu'incombe la charge de la preuve de l'impossibilité d'agir à l'étranger²¹. La jurisprudence cantonale a notamment admis son application en matière de droit de la famille, des

¹⁶ Andreas BUCHER, Andrea BONOMI, *Droit international privé*, 2^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2004, § 5 ch. 177-179.

¹⁷ *Idem*, § 5 ch. 177-179.

¹⁸ *Idem*, N 150.

¹⁹ Bernard DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4^{ème} éd., Helbing & Lichtenhahn, Bâle, Genève, Munich, 2005, (ci-après : DUTOIT CR), ad art. 3, N 2.

²⁰ ATF 4C.379/2006 /ech du 22 mai 2007, consid. 3.3.

²¹ DUTOIT CR, ad art. 3, N 4.

successions et de la poursuite pour dettes. Par ailleurs, la doctrine relève que le for subsidiaire doit notamment être reconnu dans des situations de persécution politique. En revanche, la jurisprudence et la doctrine n'apportent guère d'enseignement s'agissant d'actions en responsabilité pour la réparation des dommages consécutifs à des crimes contre l'humanité, la vie et l'intégrité corporelle, commis à l'étranger par des auteurs étrangers²².

Le Tribunal fédéral, quant à lui, s'est montré particulièrement restrictif dans un arrêt 4C.379/2006 du 22 mai 2007. Un ressortissant tunisien vivant avec sa femme et ses quatre enfants depuis une dizaine d'années à Genève, où il avait obtenu l'asile politique, avait introduit devant les tribunaux genevois une action en réparation du tort moral contre la République de Tunisie, d'une part, et contre son Ministre de l'intérieur, d'autre part, en raison d'actes de torture subis dans les locaux du Ministère de l'Intérieur d'avril à juin 1992. Au terme d'une interprétation littérale du mot « cause » de la troisième condition susmentionnée (« la cause présente un lien suffisant avec la Suisse »), le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion que ce qui doit présenter un lien suffisant avec la Suisse, c'est la cause – qui a trait au complexe de faits et à l'argumentation juridique – et non la personne du demandeur. Le Tribunal fédéral a considéré que les faits de la cause ne présentaient donc aucun lien avec la Suisse, si bien que la question de savoir si le lien avec ce pays était suffisant ou non ne se posait pas²³.

Cet arrêt, déféré devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme, a fait l'objet d'une critique de Dutoit. Selon lui, opter pour le contenu restrictif du mot « cause », c'est aller à l'encontre du but recherché par l'art. 3 LDIP. Exiger que le complexe de faits et non pas la procédure ait un lien suffisant avec la Suisse, c'est vider l'art. 3 LDIP de sa substance²⁴. Cela d'autant plus que le Conseil fédéral, dans son *Message*, souligne que les autorités suisses doivent se déclarer compétentes même dans des affaires où les liens avec notre pays sont très minces, lorsqu'il est impossible d'agir ou d'introduire un recours à l'étranger²⁵.

1.2. Droit applicable

Une fois que le juge suisse aura statué sur sa compétence, il devra résoudre la question du droit applicable au litige. Cette question sera analysée en fonction du chef de responsabilité invoqué par le lésé contre l'entreprise suisse : violation d'un contrat, commission d'un acte illicite ou responsabilité découlant du principe de la transparence.

A ce stade également se posera la question, sous l'angle de la vraisemblance, de l'imputation à la maison mère des agissements de sa filiale. En effet, en général, s'il existe un contrat, celui-ci lie le lésé à la filiale et non à la maison mère. Il est rare que la maison mère prenne des engagements contractuels directement envers les cocontractants de ses filiales. De même, si un acte illicite est commis au préjudice du lésé, ce sera en général le fait de la filiale et non pas de la maison mère. Ces questions seront abordées de manière détaillée plus loin.

1.2.1. Contrat de service

En matière contractuelle, la règle fixée par l'art. 116 LDIP est que *le contrat de service est régi par le droit choisi par les parties* (al. 1). L'élection de droit doit être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances ; en outre, elle est régie elle-même par le droit choisi (al. 2). L'élection de droit peut être faite ou modifiée en tout temps. Si elle est postérieure à la conclusion du contrat, elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat. Les droits des tiers sont réservés (al. 3).

A défaut d'élection de droit, le contrat est régi par le droit de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits (art. 117 al. 1 LDIP). Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit

²² ATF 4C.379/2006 /ech du 22 mai 2007, consid. 3.4.

²³ *Ibid.*, consid. 3.5.

²⁴ DUTOIT CR, ad art. 3, N 3.

²⁵ FF 1983 I, p. 290.

fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement (al. 2). Par prestation caractéristique, on entend notamment la prestation de service mentionnée dans le mandat, le contrat d'entreprise et d'autres contrats de prestation de service (al. 3 let. c). Ainsi, à défaut d'élection de droit, si le lésé était lié à la société suisse, via sa filiale, par un contrat de service (mandat, entreprise), c'est le droit de l'Etat dans lequel il fournissait sa prestation de service qui serait appliqué par les tribunaux suisses. Le droit suisse ne serait applicable que si les parties avaient choisi son application lors de la conclusion du contrat ou postérieurement.

1.2.2. Contrat de travail

L'art. 121 al. 1 LDIP prévoit que *le contrat de travail est régi par le droit de l'Etat dans lequel le travailleur accomplit habituellement son travail*. Les parties peuvent néanmoins soumettre le contrat de travail au droit de l'Etat dans lequel le travailleur a sa résidence habituelle ou dans lequel l'employeur a son établissement, son domicile ou sa résidence habituelle (art. 121 al. 3 et 21 al. 1 et 4 LDIP).

1.2.3. Acte illicite

La notion d'acte illicite doit en principe être définie selon le droit suisse. Elle couvre toute prétention découlant de la violation d'un devoir général que chaque personne est tenue de respecter envers toute autre. Elle ne suppose pas l'existence d'une relation particulière entre l'auteur et le lésé²⁶. Comme nous le verrons plus loin, la définition de la notion de responsabilité délictuelle et notamment la distinction par rapport à la responsabilité contractuelle est parfois difficile à établir, étant donné que certaines situations tombent dans une « zone grise ». Cela peut entraîner des conflits de qualification, en particulier en matière de responsabilité fondée sur la confiance²⁷.

Pendant de nombreuses années, les conditions et les conséquences des actes illicites étaient déterminées exclusivement par la loi du lieu du délit. A l'image du droit pénal, ce principe s'inspirait d'une conception strictement territoriale des normes prescrivant des comportements déterminés à l'ensemble des membres de la communauté. Ce n'est que récemment que le rattachement au lieu du délit, quand bien même il occupe toujours une place centrale, a vu son application nuancée par d'autres critères tels que la volonté ou la résidence commune des parties²⁸.

L'art. 133 LDIP prévoit que lorsque l'auteur et le lésé ont leur résidence habituelle dans le même Etat, les prétentions fondées sur un acte illicite sont régies par le droit de cet Etat (al. 1). Lorsque l'auteur et le lésé n'ont pas de résidence habituelle dans le même Etat, ces prétentions sont régies par *le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis*. Toutefois, si le résultat s'est produit dans un autre Etat, le droit de cet Etat est applicable si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait (al. 2). Nonobstant les alinéas précédents, lorsqu'un acte illicite viole un rapport juridique existant entre auteur et lésé, les prétentions fondées sur cet acte sont régies par le droit applicable à ce rapport juridique (al. 3 LDIP).

Ainsi, si l'on part de l'idée que l'auteur de l'acte illicite est la maison mère sise en Suisse et que le lésé est domicilié dans un Etat tiers, c'est le droit de l'Etat dans lequel l'acte illicite a été commis qui sera applicable. Cela pourrait, à première vue, être le droit suisse si l'on parvient à établir que la commission de l'acte est intervenue en Suisse. Toutefois, étant donné que, dans notre hypothèse, le résultat survient toujours dans un Etat tiers (l'Etat dans lequel réside le lésé), c'est le droit de cet Etat qui trouvera application si l'auteur devait prévoir que le résultat s'y produirait. Enfin, si la maison mère qui a commis l'acte illicite et le lésé étaient liés contractuellement, c'est le droit applicable à ce rapport juridique qui s'appliquerait.

²⁶ BUCHER, BONOMI, *op. cit.*, § 23 ch. 1036.

²⁷ *Idem*, § 23 ch. 1037.

²⁸ *Idem*, § 23 ch. 1068.

Cela étant, il reste la possibilité pour les parties, après l'événement dommageable, de convenir à tout moment de l'application du droit du for (art. 132 LDIP). C'est en vertu de cette dernière disposition que les juridictions suisses ont jugé que le droit suisse était applicable dans un litige ayant opposé l'association Gypsy International Recognition and Compensation Action (GIRCA) à la société IBM parties²⁹. Le Tribunal fédéral a en effet rappelé que l'élection de droit pouvait intervenir en cours de procès, à condition que les parties expriment clairement leur volonté réelle d'appliquer le droit suisse. Il a jugé que tel était le cas en l'espèce, dès lors que GIRCA avait choisi de fonder ses prétentions sur le droit suisse et qu'IBM avait accepté de raisonner en suivant cette législation.

1.2.4. Droit des sociétés

En matière de droit des sociétés, le principe retenu par la LDIP pour définir le droit applicable est le *critère de l'incorporation*³⁰. En effet, en vertu de l'art. 154 al. 1 LDIP, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées, si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. L'art. 154 al. 2 LDIP, d'application subsidiaire, dispose que la société qui ne remplit pas ces conditions est régie par le droit de l'Etat dans lequel elle est administrée en fait.

Le droit applicable à la société, déterminé par le biais de l'art. 154 LDIP, régit la plupart des questions du droit des sociétés, lesquelles sont énumérées de façon non exhaustive à l'art. 155 LDIP : nature juridique de la société, constitution et dissolution, jouissance et exercice des droits civils, nom ou raison sociale, organisation, rapports internes, responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés, responsabilité pour les dettes de la société, pouvoir de représentation³¹. La responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés (art. 155 let. g LDIP) est ainsi englobée dans le statut de la société. Est notamment visée ici la responsabilité – à l'égard des tiers et notamment des créanciers – des personnes qui assument la responsabilité pour les actes de fondation, d'administration, d'exploitation ou de liquidation³².

S'agissant des groupes de sociétés (« Konzern ») – non traités par la LDIP – les questions touchant au droit des sociétés relèvent du *droit de l'Etat du siège de l'entreprise dominée*, y compris la responsabilité découlant du principe de la transparence (« Durchgriff »). Il faut cependant souligner que de tels groupes peuvent soulever aussi des questions relevant du droit des contrats pour les accords passés entre les sociétés membres du groupe ainsi que du statut délictuel, s'agissant par exemple de la responsabilité de la maison mère pour le comportement de ses organes³³.

1.2.4.1. Responsabilité découlant du principe de la transparence

Il a été jugé à plusieurs reprises par le Tribunal fédéral que l'application du droit défini par l'art. 154 vaut également en matière de responsabilité découlant du principe de la transparence. Cette règle couvre tant la responsabilité d'un actionnaire majoritaire pour les dettes de la société (« direkter Durchgriff ») que – à l'inverse – la responsabilité de la société pour les dettes de son actionnaire majoritaire (« indirekter Durchgriff »)³⁴.

Ainsi, dans un arrêt du 7 mai 2002 publié aux ATF 128 III 346, le Tribunal fédéral était saisi du cas suivant (JT 2004 I 349) :

La Banque L était en relation d'affaires avec la société C GmbH sise en Autriche. D, le directeur de C GmbH, a été condamné pénalement pour des activités frauduleuses. Une partie des avoirs détournés par D a été déposée sur des comptes suisses appartenant à la société C Ltd sise au Bahamas et

²⁹ ATF 132 III 661, consid. 1.

³⁰ BUCHER, BONOMI, *op.cit.*, § 25 ch. 1174.

³¹ *Idem*, § 25 ch. 1177.

³² Bernard DUTOIT, *Droit international privé suisse*, Supplément à la 4^{ème} éd., Bâle 2011, ad art. 155 N 9.

³³ *Idem*, ad art. 150 N 3.

³⁴ BUCHER, BONOMI, *op.cit.*, § 25 ch. 1177.

contrôlée par D. La Banque L a déposé une action en justice contre C Ltd devant les tribunaux suisses après avoir fait séquestrer les comptes susmentionnés.

La dernière instance cantonale avait retenu une responsabilité de C Ltd basée sur un « indirekter Durchgriff » ou « rapport de transparence inversé » (responsabilité de la société pour les dettes de la personne qui la domine). Elle avait estimé que le droit des Bahamas s'appliquait, soit le droit de l'Etat dans lequel la société concernée était domiciliée. Elle a toutefois écarté l'application de ce droit au profit du droit suisse sur la base de l'art. 16 LDIP, estimant que la preuve du droit des Bahamas était trop compliquée à apporter.

Le Tribunal fédéral a retenu, avec la dernière instance cantonale, qu'il se justifiait d'appliquer à la responsabilité découlant du principe de la transparence le droit de l'Etat selon les prescriptions duquel la société concernée était organisée. Il a précisé que cela valait tant pour le cas où l'actionnaire (principal ou unique) répondait des dettes de la société (transparence dite directe), que dans le cas où la société était poursuivie en justice pour des dettes de la personne qui la domine (transparence dite inversée). Les deux variantes de la transparence concernent le rapport de la société avec le membre dominant et tombent dans le champ d'application du statut de la société au sens large.

Le Tribunal fédéral a également exclu que la responsabilité découlant du principe de la transparence soit un cas d'application de l'abus de droit et soit donc toujours soumise au droit suisse selon l'art. 18 LDIP, rappelant que si l'application du droit étranger menait à un résultat choquant, il pouvait être fait application de l'art. 17 LDIP (effet négatif de l'ordre public) pour l'écarter. De même, il a exclu l'application de l'art. 15 al. 1 LDIP, rappelant que cette disposition n'avait pas vocation à s'appliquer dans les cas où la forme d'une société étrangère avait été délibérément choisie, ce choix équivalant à une élection de droit au sens de l'art. 15 al. 2 LDIP

Le Tribunal fédéral a en revanche estimé que la dernière instance cantonale avait eu tort d'écarter l'application du droit des Bahamas au profit du droit suisse applicable à titre de droit supplétif en vertu de l'art. 16 LDIP, sans même avoir essayé d'établir le contenu de ce droit.

Cette jurisprudence selon laquelle la responsabilité découlant du principe de la transparence est régie, en matière internationale, par le droit qui régit le statut de la société dominée, a été confirmée dans un arrêt 4A_337/2009 du 16 octobre 2009, qui peut être résumé comme suit :

X a été engagé comme CEO par la société Y. B Ltd, sise à Singapour. Cette dernière était une filiale de Y. A Holding SA, sise à Genève. Le président du conseil d'administration était le même dans les deux sociétés. Suite à son licenciement par Y. B Ltd, X a actionné Y. A Holding SA devant les tribunaux genevois, alléguant que la société singapourienne était entièrement contrôlée par la société suisse, qu'elle agissait conformément à la volonté exprimée par celle-ci et que c'était donc de manière abusive que la société suisse invoquait l'indépendance juridique de sa filiale. Tant son engagement que son licenciement avaient été notifiés à X sur papier à en-tête de Y. A Holding SA. X a été débouté de ses prétentions au niveau cantonal, au motif que Y. A Holding SA n'était pas son employeur et ne disposait donc pas de la légitimation passive.

Le Tribunal fédéral a commencé par noter que le litige devait être tranché selon le droit singapourien, s'agissant du droit qui régissait le statut de la société dominée (Y. B Ltd). Le Tribunal fédéral n'était pas compétent pour revoir l'application du droit étranger. Il n'en a pas moins relevé qu'à supposer que le droit suisse eût été applicable, le grief aurait en tout état dû être rejeté. En effet, il a rappelé que l'indépendance juridique d'une société anonyme – même si elle n'a qu'un actionnaire unique – est la règle et que ce n'est qu'exceptionnellement, soit en cas d'abus de droit, qu'il peut en être fait abstraction.

Le Tribunal fédéral a retenu que la société suisse était une société holding classique avec de nombreuses filiales dans le monde entier, que X était employé par la seule filiale à Singapour, entité juridique indépendante de droit singapourien, et qu'il n'avait travaillé que pour elle, qu'on ne voyait dès lors pas où pouvait résider l'abus de droit. Il ajoutait que le fait que les deux sociétés aient eu le même

président du conseil d'administration, situation nullement inhabituelle dans une structure de holding, était à cet égard sans pertinence.

Ces deux arrêts permettent de constater tout d'abord que le droit applicable à la responsabilité fondée sur le principe de la transparence est toujours celui qui régit la société dominée, soit le droit de l'Etat dans laquelle celle-ci est incorporée, indépendamment de savoir si c'est elle ou la société dominante qui est atraite en justice. Ce ne sera donc pas le droit suisse qui sera applicable en cas d'action contre une maison mère devant les juridictions suisses pour les agissements de sa filiale sise à l'étranger.

Les seules dérogations à cette règle sont de deux ordres. D'une part, elles peuvent résider dans l'impossibilité pour le juge suisse d'établir le contenu du droit étranger, étant précisé que le juge suisse est tenu, dans un premier temps, de tout mettre en œuvre pour tenter de résoudre le litige à l'aune du droit étranger en question. D'autre part, elles peuvent résider dans l'atteinte à l'ordre public suisse dans son aspect négatif (et positif par le biais des normes impérativement applicables). En effet, comme le relève Dutoit :

« A notre sens, s'il est bien exact que le principe de la transparence relève en soi, en droit international privé, du statut de la société (art. 155, lit. h LDIP), il n'en reste pas moins que si le droit étranger des sociétés applicable en l'espèce ne connaissait pas le principe de la transparence, l'ordre public suisse (art. 17 LDIP) pourrait conduire au refus d'application de ce droit étranger et au recours au droit suisse au nom de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 CCS), qui vaut aussi en droit des sociétés. »³⁵

En outre, quand bien même le droit suisse serait applicable, les tribunaux suisses n'acceptent qu'avec une très grande retenue de faire abstraction de la dualité juridique des entreprises, soit uniquement en cas d'abus de droit.

1.2.5. Exceptions à l'application du droit étranger désigné par les règles de conflit

Il sied, pour clore cette analyse du droit applicable en matière de droit des sociétés, de mentionner l'art. 159 LDIP. Celui-ci prévoit que lorsque les activités d'une société créée en vertu du droit étranger sont exercées en Suisse ou à partir de la Suisse, la responsabilité des personnes qui agissent au nom de cette société est régie par le droit suisse. Il s'agit de l'exception la plus significative à l'application de la loi de l'Etat de l'incorporation³⁶.

Cette disposition conduit à l'application du droit suisse si celui-ci prévoit une responsabilité des personnes agissant pour la société. Pour déterminer cette responsabilité, il convient d'appliquer les règles relatives au type de société équivalent à la société étrangère dont il s'agit ou, à défaut, de se référer aux principes généraux du droit suisse de la responsabilité³⁷.

On rappellera qu'en droit suisse, la responsabilité personnelle des organes de la société est subsidiaire par rapport à celle de la société. Or, cette dernière ne tombe pas sous le coup de l'art. 159, mais est régie – tout comme la responsabilité des sociétaires pour les dettes sociales – par le droit de l'Etat d'incorporation au sens de l'art. 154³⁸.

Les seules échappatoires prévues par la LDIP sont les dispositions générales figurant aux art. 15 à 18. L'art. 15 prévoit tout d'abord que le droit désigné par la LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (al. 1). Il n'est pas applicable non plus en cas d'élection de droit (al. 2). Comme nous l'avons vu, cette disposition n'est jamais applicable en cas de désignation du droit applicable selon l'art. 154 al. 1 LDIP, soit notamment en matière de responsabilité fondée sur le principe de la transparence.

³⁵ DUTOIT CR, ad art. 155, N 8.

³⁶ BUCHER, BONOMI, *op.cit.*, § 25 ch. 1182.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

L'art. 16 al. 2 LDIP dispose que le droit suisse s'applique si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi. Nous avons toutefois constaté que le juge devait s'efforcer, avant de faire application du droit suisse, d'établir par tous les moyens envisageables le contenu du droit étranger comme le lui impose l'art. 16 al. 1 LDIP, y compris avec la collaboration des parties.

S'agissant des art. 17 et 18 LDIP, ils concrétisent le principe de la réserve de l'ordre public du for dans son aspect négatif, respectivement positif. Selon l'art. 17 LDIP, l'application de dispositions du droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse (effet négatif de l'ordre public). Il s'agit de comparer le résultat de l'application du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois à l'ordre public suisse³⁹. D'après la jurisprudence, la réserve de l'ordre public doit permettre au juge de ne pas apporter la protection de la justice suisse à des situations qui heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en Suisse⁴⁰. Il sied de noter que l'intervention de l'art. 17 LDIP n'aboutit pas nécessairement à l'application de la loi du for. En effet, la solution appelée à se substituer à la loi de l'Etat étranger évincée peut également consister en une règle matérielle spéciale, plus proche de la solution écartée, mais encore dans les limites du tolérable au regard des principes d'ordre public suisse⁴¹. Il n'en reste pas moins que dans la plupart des systèmes de droit international privé, on constate, en droit positif, que le principe d'ordre public conduisant à l'éviction de la loi de l'Etat étranger produit un effet positif consistant en l'application de la loi interne du for⁴². La doctrine cite, comme exemples de cas d'application de l'art. 17 LDIP, l'intérêt de l'enfant lors d'un divorce, la protection de la personnalité ou pour le moins de son « noyau », ou encore la protection de la propriété qui s'opposerait à des expropriations, des confiscations ou des nationalisations discriminatoires ou sans indemnité équitable⁴³.

S'agissant de l'art. 18 LDIP, il précise que sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la loi (effet positif de l'ordre public). Cette disposition vise la sauvegarde des règles fondamentales du droit suisse, dites également dispositions internationalement impératives⁴⁴. Ainsi que nous l'avons relevé précédemment, l'institution de la responsabilité fondée sur le principe de la transparence n'est pas considérée comme tombant sous le coup de l'art. 18 LDIP. Par ailleurs, la jurisprudence prévoit que la réserve de l'ordre public, dans ses conceptions tant positive que négative, doit être admise avec une retenue particulière lorsque la cause à juger ne présente pratiquement pas de lien avec la Suisse (exigence dite de la « Binnenbeziehung », ATF 135 III 614, consid. 4.2).

Au vu de ce qui précède, ce n'est que dans de très rares cas que le droit suisse trouvera à s'appliquer dans l'hypothèse d'une plainte pour une violation d'un contrat ou pour la commission d'un acte illicite par une société suisse, via sa filiale à l'étranger. Cela étant, le droit étranger qu'il faudra appliquer ne protégera pas nécessairement moins bien la personne lésée que ne le ferait le droit suisse. S'agissant par exemple de l'institution du « Durchgriff », elle n'est utilisée que très restrictivement par les tribunaux suisses. Il est tout à fait possible que le droit étranger, que ce soit par le biais de l'interdiction générale de l'abus de droit ou de règles spécifiques du droit des sociétés, soit plus favorable que le droit suisse à la levée du voile séparant la maison mère de sa filiale⁴⁵.

Il convient de relever que le régime suisse, résumé ci-dessus, correspond globalement à la pratique des autres Etats européens. Il est rare que la loi du for soit applicable dans un tel contexte⁴⁶.

³⁹ *Idem*, § 11 ch. 471.

⁴⁰ *Idem*, § 11 ch. 475.

⁴¹ *Idem*, § 11 ch. 480-483.

⁴² *Idem*, § 11 ch. 480-483.

⁴³ *Idem*, § 11 ch. 478 s.

⁴⁴ *Idem*, § 11 ch. 484.

⁴⁵ Pour plus de détails, voir Felix DASSER, « Der Durchgriff im Internationalen Privatrecht », in : (BREITSCHMIDT, PORTMANN, REY, ZOBL éd.), *Grundfragen der juristischen Person*, Berne 2007, pp. 35 ss.

⁴⁶ Daniel AUGENSTEIN, « Study of the Legal Framework on Human Rights and the Environment Applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union », Université d'Edimbourg, ch. 29.

1.3. Propositions de modifications légales

Le constat qui précède – en droit international privé, relatif au for judiciaire et au droit applicable – amène à formuler plusieurs propositions de modifications légales.

Les premières consistent à harmoniser la notion de domicile des personnes morales. Les suivantes se rapportent à la compétence en matière d'actes illicites (art. 129 LDIP) et au droit applicable à la responsabilité solidaire de la maison mère pour les actes illicites et les engagements contractuels des entités dominées (art. 155 LDIP).

1.3.1. Harmonisation de la notion de domicile des sociétés

Aujourd'hui, l'art. 21 LDIP a la teneur suivante :

1 Pour les sociétés et pour les trusts au sens de l'art. 149a, le siège vaut domicile.

2 Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait.

3 Le siège d'un trust est réputé se trouver au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le siège se trouve au lieu où le trust est administré en fait.

4 L'établissement d'une société ou d'un trust se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales.

Nous proposons une nouvelle formulation de cet article et de sa note marginale qui deviendrait « Domicile des sociétés et des trusts » :

1 Une société est domiciliée là où est situé son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement.

2 Un trust est domicilié au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le domicile se trouve au lieu où le trust est administré en fait.

3 La succursale d'une société ou d'un trust est domiciliée au même lieu que la société ou le trust, ou dans l'Etat dans lequel elle se situe.

Aujourd'hui, l'art. 10 al. 1 lettre b du Code de procédure civile (CPC) a la teneur suivante :

1 Sauf disposition contraire de la présente loi, le for est :

b. pour les actions dirigées contre les personnes morales, les établissements et les corporations de droit public ainsi que les sociétés en nom collectif ou en commandite, celui de leur siège ;

Nous proposons une nouvelle formulation de la lettre b comme suit :

b. pour les actions dirigées contre les personnes morales, les établissements et les corporations de droit public ainsi que les sociétés en nom collectif ou en commandite celui de leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement ;

1.3.2. Compétence en matière d'actes illicites

Aujourd'hui, l'art. 129 LDIP a la teneur suivante :

1 Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement.

2 Si plusieurs défendeurs peuvent être poursuivis en Suisse et si les prétentions sont essentiellement fondées sur les mêmes faits et les mêmes motifs juridiques, l'action peut être intentée contre tous devant le même juge compétent ; le juge saisi en premier lieu a la compétence exclusive.

Nous proposons d'ajouter un 3^{ème} alinéa:

3 Les tribunaux suisses du domicile de la société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés (groupe de sociétés), sont compétents pour connaître des actions fondées sur les actes illicites commis par toute société du groupe.

1.3.3. Responsabilité solidaire de la maison mère

Aujourd'hui, l'art. 155 LDIP a la teneur suivante :

Sous réserve des art. 156 à 161, le droit applicable à la société régit notamment :

- a. la nature juridique ;*
- b. la constitution et la dissolution ;*
- c. la jouissance et l'exercice des droits civils ;*
- d. le nom ou la raison sociale ;*
- e. l'organisation ;*
- f. les rapports internes, en particulier les rapports entre la société et ses membres ;*
- g. la responsabilité pour violation des prescriptions du droit des sociétés ;*
- h. la responsabilité pour les dettes de la société ;*
- i. le pouvoir de représentation des personnes agissant pour la société, conformément à son organisation.*

Nous proposons d'ajouter une lettre j. :

j. sa responsabilité solidaire pour les actes illicites et les engagements contractuels des entités dominées.

2. Droit privé

2.1. Principe de la responsabilité en droit des sociétés

Dans la société anonyme, les actionnaires ne sont pas personnellement responsables des dettes sociales. La SA est une personne morale, distincte de ses membres (les actionnaires)⁴⁷. La responsabilité ne se fonde donc pas sur la qualité de membre de la société. Elle s'attache à ceux qui agissent (ou qui auraient dû agir) dans le cadre de la vie sociale et qui ont transgressé un devoir résultant pour eux du droit de la SA⁴⁸. On songe en particulier au devoir de diligence et de fidélité des administrateurs ancré à l'art. 717 al. 1 du Code des obligations (CO), qui dispose que les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.

Les conditions de la responsabilité font appel aux notions habituelles en droit de la responsabilité civile. Il faut la violation d'un devoir, une faute, un dommage et un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du devoir et le dommage⁴⁹. L'organe ayant manqué à ses devoirs cause un dommage à la société elle-même, soit par ricochet à ses actionnaires (parce que la valeur de ses actions a baissé) ou à ses créanciers sociaux (parce que la société n'est plus en mesure d'honorer sa dette). Dans ce cas, l'action appartient à la société, qui est seule lésée directe. On parle alors de l'action sociale⁵⁰. Si la société est en faillite à la suite des actes reprochés à ses organes, l'action dirigée contre eux peut être cédée aux créanciers, si elle n'est pas exercée par l'administration de la faillite ; les dommages-intérêts versés servent alors d'abord à couvrir leurs créances⁵¹. Si la société n'est pas en faillite, alors l'action en responsabilité dirigée à l'encontre des administrateurs appartient à la société ou aux actionnaires. Ils agissent en dommages-intérêts payés à la société et non à eux-mêmes, pour autant que la majorité des voix exprimées à l'assemblée générale n'ait pas voté la décharge des administrateurs. Dans un tel cas, la décharge oblige les actionnaires qui ne l'ont pas votée à ouvrir action dans les six mois dès l'assemblée générale⁵².

L'action sociale décrite ci-dessus ne doit pas être confondue avec les cas où les organes de la société ont commis un acte illicite fautif dans le cadre de la gestion des affaires de la société. Dans ce dernier cas, le tiers lésé peut agir à l'encontre de la société elle-même pour la réparation de son dommage. Pour la société anonyme, cette action est prévue par l'art. 722 al. 1 CO. Pour les autres formes de personnes morales, elle est prévue par l'art. 55 al. 2 CC. Nous y reviendrons plus loin.

S'agissant des devoirs des administrateurs de sociétés anonymes, l'art. 717 al. 1 CO n'oblige ceux-ci qu'à exercer leur charge avec diligence et dans l'intérêt de la société. Or, selon John Ruggie, l'Etat doit prendre des mesures pour amener les entreprises à respecter les droits humains, partout dans le monde, dans le cadre de son obligation de droit international de protéger (« State duty to protect »)⁵³. De plus, avec l'art. 35 al. 3 de la Constitution suisse, le législateur a reçu le mandat de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers. Le Tribunal fédéral a jugé qu'à défaut de donner suite à ce mandat, l'Etat pourrait engager sa responsabilité civile⁵⁴.

Il importe ainsi d'intégrer dans le droit suisse l'obligation des entreprises de respecter les droits humains à tout moment à travers le concept de diligence raisonnable (*due diligence*)⁵⁵, lequel doit être appliqué également aux sous-traitants et fournisseurs.

⁴⁷ CR CO II, Bernard CORBOZ, ad intro aux art. 752-761 N 2.

⁴⁸ *Idem*, 752-761 N 5-6.

⁴⁹ *Idem*, 752-761 N 9.

⁵⁰ *Idem*, 752-761 N 10.

⁵¹ Art. 757 CO.

⁵² Art. 756 et 758 CO.

⁵³ *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations Unies*, A/HRC/17/31, pp. 8-15.

⁵⁴ MAHON, ad art. 35 n° 12, p. 316 et ATF 126 II 300 du 3 mai 2000, consid. 5a, p. 314.

⁵⁵ Voir note 52, pp. 15-26.

2.1.1. Proposition de modification légale

Ce constat conduit à formuler une proposition de modification légale sous la forme d'un complément à l'art. 717 CO, consacré aux devoirs des administrateurs de sociétés. Doit être intégré le devoir de protéger les tiers contre les atteintes portées à leurs droits. Ce devoir doit être étendu aux filiales, sous-traitants et fournisseurs.

Aujourd'hui, l'art. 717 CO a la teneur suivante :

1 Les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société.

2 Ils doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation.

Nous proposons l'ajout d'un 3^{ème} alinéa :

3 Les membres du conseil d'administration prennent les mesures nécessaires à ce que la société et les entités placées sous leur direction en raison de la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, ainsi que les sous-traitants et fournisseurs, respectent les droits fondamentaux et l'environnement des personnes touchées par leurs actes, qu'il s'agisse de cocontractants ou de tiers.

2.2. Les groupes de sociétés

Il arrive fréquemment que des sociétés juridiquement distinctes soient liées entre elles de diverses façons, par des prises de participations et des contrats ; elles sont alors souvent placées sous une direction unique, jusqu'à former ensemble une unité économique, le groupe de sociétés (« Konzern »)⁵⁶. Selon le Code des obligations, le groupe de sociétés se définit comme une société (la maison mère) qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés (les filiales) (art. 663e al. 1 CO). En tant que tel, le groupe de sociétés n'a pas de personnalité juridique. Toutes les sociétés du groupe, en particulier les filiales, sont juridiquement autonomes. C'est là ce qui les distingue des succursales qui dépendent juridiquement du siège⁵⁷.

Dans la règle, conformément au principe de la responsabilité limitée des personnes morales, dit aussi *principe de la dualité juridique*, la maison mère ne répond pas des dettes de ses filiales, pas plus d'ailleurs que l'inverse (cf. art. 680 al. 1 CO)⁵⁸. Les créanciers n'ont de prétentions que contre les sociétés qui se sont engagées à leur égard⁵⁹. Ce principe connaît cependant des exceptions dans les cas où la filiale ne peut plus faire face à ses obligations. Selon la doctrine et la jurisprudence, les créanciers peuvent alors se retourner contre d'autres sociétés du groupe, en particulier contre la maison mère, dans des circonstances bien définies qui peuvent être résumées comme suit⁶⁰ :

2.2.1. Responsabilité en qualité d'organe de fait de la filiale

Selon l'art. 754 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration et toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation répondent à l'égard de la société, de même qu'envers chaque actionnaire ou créancier social, du dommage qu'ils leur causent en manquant intentionnellement ou par négligence à leurs devoirs. La responsabilité des organes au sens de cette disposition ne s'étend pas qu'aux membres du conseil d'administration, mais à *toutes les personnes*

⁵⁶ Marc BAUEN, Robert BERNET, Nicolas ROUILLER, *La société anonyme suisse*, Zurich, 2007, p. 257 N 648.

⁵⁷ BAUEN, BERNET, ROUILLER, *op.cit.*, p. 258 n. 1.

⁵⁸ Henry PETER, « La responsabilité fondée sur la confiance en droit des sociétés » in : *La responsabilité fondée sur la confiance, Vertrauenshaftung* (Christine CHAPPUIS, Bénédicte WINIGER éd.), Zurich, 2001, p. 50.

⁵⁹ VON DER CRONE, CHENEVAUX et Al., www.adroit.unizh.ch, plateforme en ligne de droit des sociétés, chap. Groupe de sociétés, Responsabilité de la maison mère.

⁶⁰ BAUEN, BERNET, ROUILLER, *op.cit.*, p. 264 N 672.

chargées de la gestion. Sont également réputés chargés de l'administration ou de la gestion non seulement les organes décisionnels qui ont expressément été désignés comme tels, mais aussi les personnes qui prennent *en fait* des décisions réservées aux organes ou se chargent de la gestion proprement dite, participant ainsi de manière déterminante à la formation de la volonté de la société⁶¹. Les personnes qui peuvent, de par leur position, prendre en charge des fonctions dirigeantes et agissent de manière effective dans certains domaines, répondent également *d'omissions* contraires à leurs devoirs lorsqu'elles auraient dû agir dans le cadre de leurs fonctions⁶². Pour pouvoir attribuer à une personne la qualité d'organe de fait, l'influence sur la gestion d'une société doit résulter d'une *position typique d'organe*⁶³. Tant les personnes physiques que les personnes morales peuvent agir comme organes de fait d'une société⁶⁴.

Dans un groupe de sociétés, il se peut que *la maison mère elle-même* s'immisce dans les affaires de sa filiale en lui donnant directement des instructions concernant sa gestion. Elle pourrait, dans un tel cas, être qualifiée d'organe de fait de la filiale et répondre du dommage causé aux créanciers de cette dernière sur la base de l'art. 754 CO. Il faut toutefois, dans un tel cas, que son intervention dépasse la simple influence de ses organes sur ceux de sa filiale⁶⁵. Par ailleurs, il se peut que ce soit *un organe de la maison mère* qui intervienne dans les affaires de la filiale, en particulier s'il est également organe de la filiale (théorie du « double organe »). La maison mère répondrait dans un tel cas du dommage causé à la filiale par les agissements de son organe sur la base des art. 722 et 41 CO. Encore faudrait-il parvenir à prouver que le comportement de l'organe était illicite ou contraire aux mœurs au sens de cette dernière disposition⁶⁶.

En matière de groupe de sociétés, il faut déterminer dans chaque cas si l'acte litigieux relève de la direction générale du groupe ou plutôt de la gestion directe de la filiale, car l'acte ne peut fonder une responsabilité que dans la deuxième hypothèse. L'action ne sera pas admise si la maison mère et ses organes se sont bornés à exercer leurs droits d'actionnaires de la filiale ou à donner à celle-ci des instructions relevant de la direction générale du groupe, en laissant aux organes de la filiale la compétence de les concrétiser librement⁶⁷. C'est la raison pour laquelle une modification de l'art. 722 CO s'avère nécessaire : il s'agit de couvrir les hypothèses les plus fréquentes où les filiales de sociétés suisses commettent des actes illicites dont sont victimes des tiers, même si la maison mère et ses organes se sont bornés à exercer leurs droits d'actionnaires de la filiale ou à donner des instructions relevant de la direction générale du groupe. Il s'agit également de traiter les actes illicites commis par leurs sous-traitants et fournisseurs, en cas de violation des droits fondamentaux et d'atteinte à l'environnement des personnes touchées par leurs actes.

2.2.2. Responsabilité fondée sur la confiance

La responsabilité fondée sur la confiance ou « *Vertrauenshaftung* » est un chef de responsabilité autonome développé par la jurisprudence sur la base de l'art. 2 al. 2 CC, qui interdit l'abus de droit. Il s'agit, selon le Tribunal fédéral, de la responsabilité d'un tiers non partie au contrat, qui est encourue lorsque celui-ci suscite une confiance digne de protection et la déçoit ensuite de façon contraire à la loyauté⁶⁸. La responsabilité fondée sur la confiance s'est développée à partir du constat qu'on ne saurait refuser la protection du droit de la responsabilité civile à des cas comparables – du point de vue des intérêts en cause – aux pourparlers contractuels, dont on admet qu'ils créent un lien de droit générant des obligations de fidélité réciproques entre les partenaires et constituent le fondement de la

⁶¹ ATF 128 III 92 in : JT 2003 I 23, p. 24; cf. aussi ATF 114 V 78.

⁶² ATF 128 III 92 in : JT 2003 I 23, p. 25.

⁶³ ATF 128 III 92 in : JT 2003 I 23, p. 25 ; arrêt du TF 4A_306/2009 du 08.02.10, consid. 7.1.1.

⁶⁴ ATF 4A_306/2009 du 08.02.10, consid. 7.1.1.

⁶⁵ ATF 4A_306/2009 du 08.02.10, consid. 7.1.1 et 7.1.2.

⁶⁶ ATF 4A_306/2009 du 08.02.10, consid. 7.1.2.

⁶⁷ BAUEN, BERNET, ROUILLER, *op.cit.*, p. 267 N 676.

⁶⁸ ATF 133 III 449 in: JT 2008 I 325, consid. 4.1.

*culpa in contrahendo*⁶⁹. Il s'agit donc d'une sorte de « troisième voie » entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle⁷⁰.

En matière de droit des sociétés, les juges ont été confrontés à des cas dans lesquels il semblait gênant d'appliquer de manière rigide *le principe de la dualité juridique* et d'exclure toute responsabilité de la maison mère pour les agissements d'une filiale. Il s'agissait de cas dans lesquels la maison mère adoptait des comportements déviants, précisément destinés à conforter les tiers en leur faisant croire qu'indépendamment de la filiale avec laquelle ils traitaient, ils bénéficiaient de la surface financière consolidée du groupe⁷¹. Cette théorie a été développée en 1994 dans le cadre du désormais fameux arrêt *Swissair*⁷².

Arrêt Swissair

Suite à la faillite d'une filiale de Swissair (IGR Holding AG), l'un des créanciers de cette dernière a attaqué Swissair Beteiligungen AG en sa qualité de maison mère au motif que celle-ci avait, de par un comportement actif, suscité des espoirs légitimes envers les créanciers de sa filiale. Elle avait fait croire en particulier : 1) que la maison mère doterait sa filiale de moyens financiers suffisants ; et 2) que la maison mère veillerait à ce que sa filiale donne en temps utile à ses investisseurs des informations claires et exactes. En effet, Swissair Beteiligungen AG déclarait aux clients de sa filiale qu'IGR était une entreprise de Swissair et que partout où se trouvait IGR se trouvait Swissair. Le papier à lettres et les brochures publicitaires d'IGR portaient également le logo de Swissair⁷³.

Le Tribunal fédéral a considéré qu'il fallait admettre que la responsabilité de la maison mère pouvait être engagée si son comportement avait suscité confiance dans le groupe, en particulier un espoir légitime qui avait ensuite été déçu d'une façon contraire à la bonne foi⁷⁴. Concrètement, IGR avait fait à plusieurs reprises à ses cocontractants des déclarations inexactes voire fausses dont le but était de les rassurer et de les induire à ne pas requérir le remboursement de leurs investissements. Dès lors, en n'intervenant pas alors qu'elle aurait pu le faire et qu'elle était parfaitement informée de la situation, Swissair Beteiligungen AG avait déçu de façon contraire à la bonne foi la confiance placée par le créancier de sa filiale dans le groupe Swissair et répondait en conséquence du dommage⁷⁵.

Le Tribunal fédéral a précisé par la suite que la protection ne saurait être accordée à celui qui est simplement victime de sa propre imprudence et crédulité, ou de la réalisation d'un risque inhérent à toute affaire commerciale, mais doit l'être uniquement à celui dont la confiance légitime est abusée⁷⁶. En particulier, n'est pas digne, en principe, de la protection du droit l'attente qu'un partenaire fournira une prestation sans y être obligé contractuellement, parce qu'on peut raisonnablement exiger, en général, de celui qui entend faire confiance qu'il assure sa position juridique par un contrat. La reconnaissance de la responsabilité fondée sur la confiance ne doit pas avoir pour corollaire de vider l'institution du contrat de sa pertinence. Ainsi, l'attente de la fourniture d'une prestation volontaire ne peut que tout à fait exceptionnellement être retenue en droit, par exemple quand la conclusion d'un contrat n'est pratiquement pas possible à cause des rapports de force ou de la dépendance de celui qui fait confiance et qu'on ne peut pas raisonnablement attendre de lui qu'il renonce à l'affaire ou à la relation d'affaire⁷⁷.

Par ailleurs, dans un arrêt de 1998 déjà, notre Haute Cour précisait que la « Konzernvertrauenshaftung » n'était pas la conséquence de la seule existence d'un groupe, ni même du simple fait qu'une

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Nicolas KUONEN, *La responsabilité précontractuelle*, Travaux de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, 2007, p. 345 N 1149.

⁷¹ PETER, *op.cit.*, p. 51.

⁷² ATF 120 II 331 JT 1995 I 359 in : PETER, *op.cit.*, p. 53.

⁷³ *Idem*, p. 53.

⁷⁴ *Idem*, p. 54.

⁷⁵ *Idem*, pp. 54-55.

⁷⁶ ATF 133 III 449 in: JT 2008 I 325, consid. 4.1; v. aussi ATF 4A_306/2009, consid. 5.1.

⁷⁷ ATF 133 III 449 in: SJ 2008 I 224, consid. 4.1; v. aussi ATF 4A_306/2009, consid. 5.1.

société déclare être une entreprise du groupe, par exemple sur son papier à lettres ou dans ses brochures publicitaires. Une responsabilité ne peut en effet être admise que lorsque, par son comportement, une société du groupe a en outre éveillé des attentes « suffisamment concrètes et déterminées »⁷⁸.

Ainsi, les conditions qui peuvent être dégagées de la jurisprudence pour que la responsabilité de la maison mère soit engagée en vertu du principe de la confiance sont les suivantes⁷⁹ : 1) un comportement de la maison mère qui suscite les attentes du lésé (par hypothèse un partenaire commercial de la filiale); 2) un rapport particulier de confiance et de fidélité entre la maison mère et le lésé (qui ne puisse pas être qualifié de contrat au sens de l'art. 1 CO⁸⁰) ; 3) la déception des attentes créées contrairement au rapport de confiance qui s'est établi.

L'action en dommages-intérêts suppose par ailleurs toujours la survenance d'un dommage, un rapport de causalité entre la déception des attentes suscitées et le dommage subi ainsi que la faute de l'auteur de préjudice. Le dommage provient du fait que le lésé, qui se fie aux attentes créées par l'autre partie, prend des dispositions patrimoniales s'avérant désavantageuses pour lui ou, au contraire, omet de prendre les dispositions qui s'imposeraient⁸¹. La jurisprudence a enfin précisé que les prétentions issues de la responsabilité fondée sur la confiance se prescrivaient dans le délai d'un an de l'art. 60 CO applicable en matière d'acte illicite, et non dans le délai décennal de l'art. 127 CO applicable en matière contractuelle⁸².

Dans notre hypothèse de départ, on pourrait concevoir qu'un partenaire commercial de la filiale, lésé par les agissements de cette dernière, invoque la responsabilité fondée sur la confiance à l'égard de la maison mère en Suisse pour tenter d'obtenir la réparation du préjudice. Il faudra toutefois pouvoir prouver que la maison mère a fait une déclaration qui a pu faire naître, chez ce partenaire commercial, des attentes légitimes, que la maison mère et le partenaire commercial étaient liés par un rapport particulier et que le partenaire commercial a opéré, sur la base de cette déclaration, un acte de disposition auquel il aurait renoncé autrement.

Critiques envers la théorie de la responsabilité fondée sur la confiance

Selon plusieurs auteurs, dans tous les cas où une société de groupe peut être recherchée sur la base de la responsabilité fondée sur la confiance dans un groupe de sociétés, elle pourrait également l'être en recourant à l'un des autres chefs de responsabilité déjà disponibles dans le contexte des groupes de sociétés. Il est possible que, pour ce faire, le champ d'application de l'un ou l'autre de ces moyens classiques doive être quelque peu étendu. Selon Peter, cela serait toutefois moins gênant du point de vue d'une saine systématisation que la création d'une nouvelle source de responsabilité⁸³.

Plusieurs de ces moyens sont fondés sur des notions ou sur des bases légales notoirement – et par essence – souples, telles que la bonne foi ou l'abus de droit de l'art. 2 CC, ou la contrariété aux mœurs de l'art. 41. al. 2 CO. Selon Peter, les chefs de responsabilité classiques méritant d'être explorés sont le « Durchgriff », soit *le principe de la transparence*, et l'extension des raisonnements développés en relation avec les *lettres de confort ou déclarations de patronage*. Ces points seront développés ci-après. Il ajoute qu'il est également possible de considérer que les groupes constituent des *sociétés simples*. Cela ouvre une autre voie permettant de tirer des conséquences de l'apparence créée, en application du principe de la confiance, sans toutefois qu'il soit nécessaire d'inventer une nouvelle base légale, puisque le code en prévoit déjà une spécifique : l'art. 530 CO⁸⁴.

⁷⁸ PETER, *op.cit.*, p. 57.

⁷⁹ Christine CHAPPUIS, « Responsabilité fondée sur la confiance : un tour d'horizon », in : *La responsabilité fondée sur la confiance*, Zurich 2001, pp. 22-23.

⁸⁰ Benedict BURG, Hans Caspar VON DER CRONE, *Vertrauenshaftung im Konzern* in: SZW/RSDA 5/2010, p. 419.

⁸¹ Christine CHAPPUIS, *op.cit.*, p. 25.

⁸² ATF 134 III 390.

⁸³ PETER, *op.cit.*, p. 65 ; voir aussi pour une analyse critique de cette théorie KUONEN, *op.cit.*, pp. 359 ss.

⁸⁴ PETER, *op.cit.*, pp. 66-67.

2.2.3. Principe de la transparence « Durchgriff »

Outre la responsabilité fondée sur la confiance, il existe un autre chef de responsabilité développé par la jurisprudence sur la base de l'art. 2 al. 2 CC qui prohibe l'abus de droit, à savoir le principe de la transparence (« Durchgriff »). L'abus de droit est le fait d'invoquer l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque la réalité économique montre qu'il y a identité de personnes⁸⁵.

Selon le Tribunal fédéral :

« On ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale ; malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas des entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, qui, économiquement, ne fait qu'un avec elle ; on doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre ; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes. »⁸⁶

Dans une ancienne jurisprudence, le Tribunal fédéral avait délimité le principe de la transparence de la responsabilité fondée sur la confiance de la manière suivante : 1) dans le cas du « Durchgriff », c'est l'indépendance juridique de la personne morale qui est mise en cause, ce qui signifie que la maison mère est obligée à *la place* de la filiale ; 2) dans le cas de la « Vertrauenshaftung », l'existence juridique de la filiale n'est pas contestée, mais seulement sa capacité juridique exclusive (active ou passive). Cela implique que la maison mère est obligée à côté de sa filiale, si bien qu'il y a alors un cumul de débiteurs⁸⁷.

Le Tribunal fédéral a toutefois ajouté que le « Durchgriff », n'avait pas nécessairement pour effet la transparence pure et simple (la maison mère répond à la place de la filiale), mais parfois une transparence improprement dite avec pour résultat que la maison mère répond cumulativement avec sa filiale⁸⁸. Le critère de distinction entre les deux institutions n'a donc pas été clairement défini.

En tout état, comme cela résulte de l'arrêt 4A_337/2009 du 16 octobre 2009 résumé *supra*, le Tribunal fédéral a posé des exigences très strictes pour qu'il puisse être fait abstraction du principe de la dualité juridique (voir aussi les arrêts 5A_404/2008 du 30 juin 2009 et 4A_263/2010 du 28 octobre 2010 dans lesquels le « Durchgriff » n'a pas été retenu)⁸⁹. La règle de la transparence a été concrètement appliquée en rapport avec des sociétés unipersonnelles⁹⁰.

Le Tribunal fédéral fait preuve d'une retenue largement excessive, ce qui nécessite en conséquence une adaptation légale. En effet, aujourd'hui, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un tiers peut être tenu pour responsable des engagements du débiteur avec lequel il forme une unité économique; tel est le cas lorsque l'identité économique absolue entre le débiteur et le tiers n'est ni contestable ni sérieusement contestée et que la dualité juridique n'est invoquée qu'aux fins de se soustraire abusivement à l'exécution forcée⁹¹.

⁸⁵ CR CC I, Christine CHAPPUIS, ad art. 2 N 45.

⁸⁶ ATF 121 III 319, consid. 5 in: CR CC I, CHAPPUIS, ad art. 2 N 58.

⁸⁷ PETER, *op.cit.*, p. 55.

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Chap. Droit international privé, Groupe de sociétés.

⁹⁰ BAUEN, BERNET, ROUILLER, *op.cit.*, p. 264 n. 31.

⁹¹ ATF 105 III 107 consid. 3a.

Récemment, dans un arrêt du 26 septembre 2011 dont la publication est prévue, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence comme suit s'agissant de l'application du principe du « Durchgriff », dans le cadre d'un groupe de sociétés⁹² :

« En principe, les sociétés dominées (ou sociétés-filles) appartenant à un groupe soumis à une direction économique unique peuvent se prévaloir de leur indépendance juridique par rapport à la société dominante (ou maison mère; sur la terminologie, cf. Roland VON BÜREN, *Der Konzern, Traité de droit privé suisse VIII/6*, 2^{ème} éd., 2005, pp. 5 ss, spéc. pp. 15 s.). Toutefois, le voile social peut être levé et l'identité économique avec la société dominante être invoquée (« Durchgriff ») lorsque le fait d'opposer l'indépendance juridique des deux entités constitue un abus de droit (art. 2 CC ; cf. ATF 132 III 439 consid. 3.2).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas de « Durchgriff » proprement dit lorsque les sphères de la société dominante et de la société dominée se confondent, ou lorsque la responsabilité de la société dominante est déjà engagée en vertu d'un fondement propre, par exemple parce qu'elle déçoit la confiance de tiers ou doit se laisser imputer des déclarations de volonté propres à faire naître une obligation. Dans tous ces cas de figure, ce n'est pas l'indépendance de la personne morale qui est niée, mais bien sa légitimation active ou passive exclusive : la société dominante est légitimée ou obligée non pas à la place de la société dominée, mais à ses côtés (arrêt 4P.330/1994 du 29 janvier 1996 consid. 6a, in *Bulletin ASA* 1996 496).

Selon la doctrine, il existe une confusion des sphères lorsqu'extérieurement, l'identité d'une société-fille ne peut plus être distinguée de celle de la maison mère, en d'autres termes lorsqu'une apparence d'unité est créée par des signes extérieurs tels que des raisons sociales identiques ou très semblables, des sièges sociaux, des locaux, des organes, du personnel ou des coordonnées téléphoniques identiques (Nina SAUERWEIN, *La responsabilité de la société mère*, 2006, p. 322 ; Kristina KUZMIC, *Haftung aus « Konzernvertrauen »*, 1998, p. 128 ; Alexander VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft*, 1997, p. 228). Divers correctifs sont envisageables. D'aucuns évoquent le « Durchgriff », en ce sens qu'il est abusif d'invoquer l'indépendance juridique de deux sociétés alors qu'elles-mêmes n'en tiennent pas compte (SAUERWEIN, *op. cit.*, pp. 320, 322, 330 et 333, à titre d'*ultima ratio*). Des obligations contractuelles peuvent aussi être imputées à la maison mère en recourant à la figure de la procuration apparente (SAUERWEIN, *op. cit.*, p. 332 s.) ou, plus largement, en vertu de la responsabilité fondée sur l'apparence juridique, où le partenaire contractuel, en vertu du principe de la confiance, doit être protégé dans sa croyance erronée qu'il a conclu le contrat avec la maison mère et non la fille, ou cas échéant avec les deux sociétés (Beat BRECHBUHL, *Haftung aus erwecktem Konzernvertrauen*, 1998, pp. 102 s.; VOGEL, *op. cit.*, pp. 172 ss, spéc. p. 174 et pp. 228 s.). »

On constate donc que le principe de la transparence – théorie du « Durchgriff » – ne pourra que rarement être invoqué en dehors des cas d'application du principe de la confiance. Devant ce constat, une nouvelle base légale, introduisant le principe de la transparence en droit suisse, sera proposée. Auparavant il sera constaté que le droit actuel, à travers divers autres aspects, ne permet pas d'aboutir à une solution satisfaisante.

2.2.4. Lettres de confort ou lettres de patronage

On entend par lettre de confort la déclaration par laquelle un tiers étroitement lié à l'une des parties assure l'autre partie du soutien qu'il lui porte. Dans sa forme la plus courante, la lettre de confort consiste dans une déclaration de patronage par laquelle une maison mère assure le cocontractant de sa filiale du soutien – avant tout financier – qu'elle lui porte et du contrôle qu'elle a sur ses activités⁹³.

⁹² ATF 4A_328/2011.

⁹³ KUONEN, *op.cit.*, p. 310 N 1048.

La lettre de confort n'a en général *pas d'effet contraignant* pour son auteur qui assume au plus un engagement moral⁹⁴.

Il se peut toutefois que la lettre de confort déploie un effet contractuel en dépit de son intitulé, en particulier lorsqu'elle constitue une *promesse de porte-fort* au sens de l'art. 111 CO. Tel sera le cas s'il résulte d'une interprétation objective fondée sur le principe de la confiance que l'auteur de la lettre avait la volonté de s'engager juridiquement. Il faudra en outre que la garantie dont fait état la lettre concerne des prestations déterminables de la partie soutenue⁹⁵.

Il semble intéressant de noter qu'en droit français, la lettre d'intention a fait récemment l'objet d'une réglementation qui reconnaît à la lettre d'intention la portée d'un engagement contractuel et lui reconnaît la portée d'une sûreté⁹⁶.

2.2.5. Responsabilité des organes et auxiliaires pour actes illicites

2.2.5.1. Les organes

Toute personne morale répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par un *organe*, soit une personne autorisée à la gérer ou à la représenter (art. 55 al. 2 CC). L'organe n'engage la responsabilité de la société que s'il a commis une faute⁹⁷. Ainsi, si un acte illicite au sens des art. 41 ss CO est commis par l'organe d'une personne morale, il engage la responsabilité de celle-ci. Une disposition analogue est codifiée à l'art. 722 CO pour la société anonyme.

Cela étant, dans un groupe de sociétés, les actes illicites commis par les organes d'une filiale n'engagent que la responsabilité de cette dernière. Pour pallier cet inconvénient, une modification sera présentée, consistant à ajouter un second alinéa à l'art. 722 CO, prévoyant que la maison mère répond également en cas d'actes illicites commis par les personnes chargées de représenter ou gérer ses filiales. Comme cela sera examiné ci-après, il apparaît en effet que les dispositions des art. 55 CO et 101 CO, prévoyant une responsabilité pour les auxiliaires, ne permettent pas d'imputer à la maison mère les actes illicites commis par les organes de sa filiale.

2.2.5.2. Les auxiliaires

L'art. 55 al. 1 CO dispose que l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve pas qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire. Il s'agit d'une responsabilité objective simple, c'est-à-dire d'une responsabilité qui n'est pas fondée sur une faute, mais découle de la seule violation d'un devoir de diligence⁹⁸.

Cette disposition, qui instaure une responsabilité pour le fait d'autrui en matière délictuelle, est le pendant de l'art. 101 al. 1 CO en matière contractuelle. Cependant, à la différence de l'art. 101 CO dont la *ratio legis* procède de l'existence d'un rapport d'obligations, l'art. 55 CO est essentiellement fondé sur des *motifs d'ordre économique*⁹⁹. Outre des considérations d'ordre pécuniaire, c'est le pouvoir d'influencer notablement la conduite d'autrui d'une part, et d'en retirer des bénéfices d'autre part, qui justifie la responsabilité pour le fait d'autrui¹⁰⁰.

La responsabilité de l'employeur suppose d'abord que les conditions générales de la responsabilité soient remplies : il faut donc *un préjudice et un lien de causalité naturelle et adéquate* entre le

⁹⁴ *Idem*, p. 311 N 1055.

⁹⁵ *Idem*, p. 312 N 1055.

⁹⁶ *Idem*, p. 312 n. 932.

⁹⁷ CR CO I, Franz WERRO, ad art. 55 N 38.

⁹⁸ Pierre TERCIER, *Le droit des obligations*, 4^{ème} éd., Genève, Bâle, Zurich, 2009, p. 380 N 1894.

⁹⁹ KUONEN, p. 498 s. N 1670 ; voir aussi Franz WERRO, *La responsabilité civile*, Berne, Staempfli, 2005 (ci-après WERRO RC), p. 114 N 437.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 487 N 1639.

préjudice et l'acte illicite de l'auxiliaire d'une part, et le défaut de diligence de l'employeur d'autre part¹⁰¹.

L'application de l'art. 55 CO suppose en outre l'existence des conditions suivantes :

a) *Un employeur et un auxiliaire.* La loi parlant d'« employeur », l'application de cette disposition s'insèrera dans la majorité des cas dans un rapport de travail. L'art. 55 CO vise en fait toute personne qui, pour accomplir une tâche, recourt à des personnes qui lui sont *subordonnées*¹⁰². Le rapport de subordination n'est pas déterminé par la fonction de l'auxiliaire. Selon Kuonen, il n'y a pas lieu d'exclure en principe un tel rapport entre le sous-traitant et l'entrepreneur général, le mandataire et le mandant, et de manière plus générale entre le représentant et le représenté¹⁰³. Seule est déterminante la *relation de fait* qui existe entre ces parties, non le contrat en cause¹⁰⁴. Plus que le lien de subordination et la connotation restrictive qu'il peut comprendre, l'important est de constater l'existence d'un pouvoir de contrôle d'une personne sur une autre.

b) *Un acte illicite de l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail.* L'acte de l'auxiliaire peut consister en une action ou une omission. Il doit s'agir d'un acte illicite, à savoir – dans notre conception – d'une faute objective injustifiée¹⁰⁵. Pour que la responsabilité de l'employeur soit engagée, il faut encore que la victime prouve que l'auxiliaire a agi dans l'accomplissement de son travail. L'acte dommageable doit être en relation directe et fonctionnelle avec l'accomplissement du travail¹⁰⁶.

c) *L'absence de preuve libératoire de l'employeur.* Contrairement à l'art. 101 al. 1 CO, l'employeur peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve qu'il a fait preuve de toute la diligence requise dans le choix, l'instruction et la surveillance de son auxiliaire. La jurisprudence n'admet toutefois les preuves libératoires de l'art. 55 CO que de manière restrictive¹⁰⁷. S'agissant de la prescription, l'action fondée sur l'art. 55 CO obéit à l'art. 60 CO. Elle se prescrit donc par un an à compter du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage ainsi que de la personne qui en est l'auteur, et, dans tous les cas, par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit.

2.2.5.3. Application de l'art. 55 CO à une maison mère pour les agissements de sa filiale

On pourrait tout d'abord imaginer que la maison mère soit recherchée pour les actes illicites de ses auxiliaires délégués comme administrateurs ou directeurs (de fait ou de droit) de la filiale¹⁰⁸. On pourrait ensuite se demander si la maison mère pourrait être recherchée pour les actes illicites de sa filiale elle-même.

Il existe toutefois deux obstacles à cette hypothèse. *Premièrement*, l'art. 55 CO est conçu, au vu de son texte et de la jurisprudence, pour imputer à l'employeur les agissements de ses subordonnés (personnes physiques)¹⁰⁹. Il est donc improbable que les tribunaux acceptent de qualifier une personne morale d'auxiliaire au sens de cette disposition. *Deuxièmement*, il faudrait qu'il existe un rapport de subordination entre la maison mère et la filiale pour que l'art. 55 CO puisse trouver application. Or, la filiale est – contrairement à la succursale – une société juridiquement autonome et

¹⁰¹ WERRO, *op.cit.*, 116 N 442.

¹⁰² TERCIER, *op.cit.*, p. 380 N 1893.

¹⁰³ KUONEN, *op.cit.*, p. 498 N 1669; *contra* WERRO, *op.cit.*, p. 117 s. N 449, qui estime que la marge de décision de ces personnes n'est pas suffisante pour qu'elles puissent être qualifiées d'auxiliaires.

¹⁰⁴ KUONEN, *op.cit.*, p. 498 N 1669.

¹⁰⁵ WERRO RC, *op.cit.*, p. 119 N 453.

¹⁰⁶ WERRO RC, *op.cit.*, p. 120 N 457.

¹⁰⁷ TERCIER, *op.cit.*, p. 381 N 1899.

¹⁰⁸ VON DER CRONE, CHENEAUX et Al., *Responsabilité pour actes illicites*.

¹⁰⁹ Voir les exemples jurisprudentiels donnés par WERRO, CR CO I, ad art. 55 N 14.

distincte de la maison mère¹¹⁰. Bien que la maison mère exerce un certain contrôle sur la filiale, c'est cette autonomie juridique qui constituerait l'obstacle majeur à l'établissement du lien de subordination entre la maison mère et la filiale au sens de l'art. 55 CO.

2.2.5.4. *Réflexions et perspectives autour de l'art. 55 CO*

En dehors du rapport de travail, la limite d'application de l'art. 55 CO est fluctuante. Comme le relève Kuonen, l'économie moderne voit intervenir des acteurs très divers qui se retrouvent plus ou moins intégrés à des organisations économiques complexes (*outsourcing*). Les mêmes motifs qui ont pu justifier la règle de l'art. 55 CO pourraient être utilisés aujourd'hui pour englober des acteurs qui, sans être formellement soumis à autrui – qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique – *déploient une activité dont les contours sont largement déterminés par autrui*. Il ne s'agirait pas d'étendre le champ d'application de l'art. 55 CO à tous les contractants indépendants, mais à ceux seuls sur lesquels le maître a un *pouvoir de contrôle*, au moins quant à l'activité concernée¹¹¹.

Il est intéressant de souligner que d'autres systèmes juridiques ont déjà entrepris une définition comparable, même si cette extension est encore minoritaire dans les systèmes juridiques européens¹¹². Ainsi, en droit français, après avoir longtemps été fondée sur l'exigence stricte d'un lien de subordination, la responsabilité délictuelle du fait d'autrui tend aujourd'hui à s'étendre – en pratique du moins – à toutes les personnes qui agissent pour le compte d'autrui¹¹³. En droit néerlandais, le récent Code civil a étendu de façon encore plus claire la responsabilité de l'employeur aux actes du contractant indépendant. La disposition topique a été traduite par Kuonen comme suit : « Si une personne qui exerce des activités dans le cadre de l'entreprise d'une autre, à la demande de celle-ci et sans lui être subordonnée, est responsable envers un tiers par suite d'une faute commise dans le cours de ces activités, cette autre personne est également responsable envers le tiers »¹¹⁴. En droit américain enfin, la responsabilité du maître pour la faute de ses auxiliaires ne s'étend en principe pas aux contractants indépendants. Cependant, on admet que certains devoirs généraux ne peuvent être délégués contractuellement à un tiers. La reprise d'un tel système en droit suisse paraît souhaitable¹¹⁵.

2.2.5.5. *Le système de l'art. 101 CO*

Sous le titre marginal « Responsabilité pour les auxiliaires », l'art. 101 CO fixe les dispositions suivantes : celui qui, même d'une manière licite, confie à des auxiliaires, tels que des personnes vivant en ménage avec lui ou des travailleurs, le soin d'exécuter une obligation ou d'exercer un droit dérivant d'une obligation, est responsable envers l'autre partie du dommage qu'il cause dans l'accomplissement de son travail (al. 1). ; une convention préalable peut exclure en tout ou en partie la responsabilité dérivant du fait des auxiliaires (al. 2) ; si le créancier est au service du débiteur, ou si la responsabilité résulte de l'exercice d'une industrie concédée par l'autorité, le débiteur ne peut s'exonérer conventionnellement que de la responsabilité découlant d'une faute légère (al. 3).

L'art. 101 CO est situé dans le chapitre dédié aux effets de *l'inexécution des obligations* (art. 97 ss CO ; Titre deuxième : De l'effet des obligations). Il s'agit d'une règle de responsabilité dite contractuelle. Cette disposition, qui instaure une responsabilité du fait d'autrui, repose sur le postulat que celui qui recourt à des tiers pour s'acquitter d'une obligation (contractuelle ou légale) doit répondre de leur comportement comme s'il s'agissait du sien propre¹¹⁶.

¹¹⁰ BAUEN, BERNET, ROUILLER, *La société anonyme suisse*, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle 2007, N 648 et 650.

¹¹¹ KUONEN, *op.cit.*, p. 498 s. N 1670.

¹¹² *Idem*, p. 499 N 1671 et n. 1497.

¹¹³ *Idem*, p. 499 N 1672.

¹¹⁴ *Idem*, p. 499 N 1673 et n. 1501.

¹¹⁵ *Idem*, p. 499 s. N 1674.

¹¹⁶ Luc THEVENOZ, *Commentaire romand du code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, Bâle, Munich, 2003 (Luc THEVENOZ et Franz WERRO éd.), art. 101 CO N 1.

Il ressort ainsi de l'al. 1 de l'art. 101 CO que, lorsque l'auxiliaire auquel le débiteur a recouru pour l'exécution de son obligation contractuelle ou légale viole cette dernière, c'est le débiteur lui-même qui répond du préjudice ainsi causé au créancier. Les conditions de réalisation de cette base légale sont : un préjudice ; un lien de causalité entre la violation de l'obligation et le préjudice ; la violation d'une obligation du débiteur envers le créancier ; l'acte d'un auxiliaire dans l'exécution de l'obligation en question. Le préjudice et le lien de causalité sont des conditions générales de la responsabilité. L'art. 101 CO suppose l'existence d'un *rapport d'obligation préalable* entre le débiteur et le créancier (contrat, loi ou pourparlers contractuels). Le fait générateur de la responsabilité du débiteur est l'acte (ou l'omission) de l'auxiliaire qui contrevient à une obligation du débiteur envers le créancier¹¹⁷.

Dans le contexte de la présente étude, l'élément important consiste dans la notion d'*auxiliaire*. Est un auxiliaire toute personne physique ou morale qui, du consentement du débiteur, exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation de ce dernier¹¹⁸. Un rapport de subordination n'est pas exigé. L'auxiliaire peut être techniquement et économiquement indépendant du débiteur. La nature du rapport qui les lie est sans pertinence. L'auxiliaire et le débiteur peuvent être liés par un contrat de mandat, d'entreprise, de travail, etc. Il importe peu que leur relation soit durable, ni même qu'ils soient liés par un contrat valable. Le débiteur doit cependant avoir la conscience et la volonté qu'une personne participe à l'exécution d'une de ses obligations¹¹⁹. Ainsi, sont également des auxiliaires les personnes indépendantes du débiteur à qui celui-ci recourt pour exécuter une obligation. Dans chaque cas, il convient de clairement identifier l'obligation pour laquelle le débiteur recourt aux services de l'auxiliaire. A titre d'exemple, on peut citer le cas du sous-traitant qui est l'auxiliaire de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage. La qualification du fournisseur du vendeur reste controversée¹²⁰.

Puisque toute personne physique ou morale qui exécute ou concourt à l'exécution d'une obligation du débiteur est un auxiliaire, indépendamment de la nature du rapport qui les lie, pourrait-on admettre qu'une filiale soit l'auxiliaire de la maison mère ? C'est envisageable mais sans portée pratique lorsqu'il s'agit d'imputer à cette dernière les actes de sa filiale. En effet, dans le système de l'art. 101 CO, seul le créancier de l'obligation résultant du rapport d'obligation préalable avec le débiteur, soit le créancier de la maison mère, peut se prévaloir de l'art. 101 al. 1 CO¹²¹. Or, tel n'est pas le cas de la personne qui est lésée par un acte illicite de la filiale sans être co-contractante ou dans un autre rapport de droit avec la maison mère.

2.2.6. Conclusions et propositions de modifications légales

On constate, en conclusion, que tant l'art. 55 CO que l'art. 101 CO ne permettent pas aux tiers lésés par les actes d'une filiale de s'en prendre à sa maison mère. En outre, comme nous l'avons déjà examiné, le principe de la transparence n'est pas inscrit dans le droit suisse. Il est certes admis par la jurisprudence – mais de manière restrictive – dans le domaine des groupes de sociétés, à savoir uniquement en cas d'abus de droit ou lorsque sont remplies les conditions d'application de la responsabilité fondée sur la confiance (voir pp. 16-18).

Il importe en conséquence d'instituer une responsabilité solidaire dans les groupes de sociétés, afin de rendre la maison mère responsable des actes de sa filiale, ou toute société de ceux de son fournisseur (*direct liability*), alors que, pour rappel, la proposition précédente introduisait des devoirs supplémentaires à charge des administrateurs de sociétés (*duty of care*). Une nouvelle disposition à cet effet sera proposée à la suite de l'art. 722 CO. Ce dernier est l'équivalent – en droit de la société anonyme – de l'art. 55 al. 2 CC, qui prévoit que toute personne morale répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter. Cependant, dans un groupe de sociétés, les actes illicites commis par les organes d'une filiale n'engagent que la responsabilité de cette dernière. Il s'agit donc de proposer une disposition

¹¹⁷ *Idem*, art. 101 N 19 s.

¹¹⁸ *Idem*, art. 101 N 5.

¹¹⁹ *Idem*, art. 101 N 7.

¹²⁰ *Idem*, art. 101 N 11.

¹²¹ WERRO RC, *op.cit.*, N 498.

permettant de rendre la maison mère solidairement responsable en cas d'actes illicites commis par une filiale. Ce principe sera étendu aux fournisseurs et sous-traitants, ainsi qu'aux engagements contractuels. Afin de définir la maison mère, deux sources sont possibles :

- l'art. 663e al. 1 CO. Il définit le groupe comme une société (la maison mère) qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés (les filiales) ;
- le projet de loi fédérale sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger. Le 12 octobre 2011, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de loi sur la réglementation des entreprises de sécurité privées. Selon ce projet, les entreprises qui, depuis la Suisse, fournissent des prestations de sécurité privées à l'étranger ou celles qui exercent en Suisse des activités en rapport avec ce genre de prestations, doivent être soumises à la loi. Cela doit être également valable pour les entreprises établies en Suisse, qui contrôlent des entreprises de sécurité privées exerçant à l'étranger (sociétés holding).

Il est intéressant de noter que selon l'art. 5 de ce projet de loi, une personne ou une entreprise est réputée contrôler une entreprise si : a) elle dispose directement ou indirectement de la majorité des voix au sein de l'organe suprême de cette entreprise ; b) elle dispose directement ou indirectement du droit de désigner ou de révoquer la majorité des membres de l'organe supérieur de direction ou d'administration de cette entreprise.

Aujourd'hui, l'art. 722 CO a la teneur suivante :

La société répond des actes illicites commis dans la gestion de ses affaires par une personne autorisée à la gérer ou à la représenter.

Nous proposons que soit édicté un nouvel article 722a CO avec la note marginale « Responsabilité solidaire dans les groupes de sociétés et dans la sous-traitance » et la teneur suivante :

1 La société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle sous une direction unique une ou plusieurs sociétés (sociétés dominées), répond solidairement des actes illicites et des engagements contractuels de chaque société dominée.

2 La société répond en outre solidairement des actes illicites et des engagements contractuels des sous-traitants et des fournisseurs d'elle-même ou des sociétés dominées, dans l'exercice de leurs prestations.

2.3. La notion d'entreprise en droit des cartels

La loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart) a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence. Il s'agit de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1). Cette loi s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public, qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). La forme juridique est sans importance, seule étant déterminante la réalité économique. Ainsi les groupes de sociétés sont-ils considérés comme une seule entreprise¹²².

Selon l'art. 4 al. 2 LCart, on entend par entreprises dominant le marché une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs). Une position dominante peut donc également être détenue conjointement par plusieurs entreprises.

¹²² CHAUDET, CHERPILLOD, LANDROVE, *Droit suisse des affaires*, 3^{ème} éd., p. 785 N 3760.

On parle alors de dominance collective, dans le cadre de laquelle les entreprises agissent de manière coordonnée, sans qu'il y ait pour autant d'accord formel entre elles¹²³.

2.4. La responsabilité du fait des produits

2.4.1. Généralités

La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP)¹²⁴ institue une responsabilité – sans faute – du producteur, fondée sur le seul défaut du produit. Cette loi a été très largement inspirée par la Directive européenne 85/374/CE du 25 juillet 1985¹²⁵.

Selon l'art. 1 al. 1 LRFP, le producteur répond du dommage lorsqu'un produit défectueux cause : la mort d'une personne ou provoque chez elle des lésions corporelles (let. a) ; un dommage à une chose ou la destruction d'une chose d'un type qui la destine habituellement à l'usage ou à la consommation privés et qui a été principalement utilisée à des fins privées par la victime (let. b). Il ne répond pas du dommage causé au produit défectueux (al. 2). Les dommages réparés par la LRFP sont donc de deux ordres. D'une part, le dommage matériel et, d'autre part, l'intégrité corporelle de toute personne. Il importe peu que celle-ci soit l'acquéreur ou l'utilisateur du produit, ou qu'elle ne soit qu'un *innocent bystander*. En matière de dommage corporel, il est également indifférent que le produit ait été utilisé dans le cadre d'une activité privée ou professionnelle¹²⁶.

Hormis les conditions générales de la responsabilité, à savoir un préjudice et un lien de causalité naturelle et adéquate entre le défaut du produit et le préjudice, la responsabilité du producteur suppose la réalisation cumulative de trois autres conditions spécifiques : il faut un producteur, un produit et un défaut de celui-ci.

Le sujet de la responsabilité est en première ligne le *producteur* réel, à savoir la personne qui fabrique un produit fini, une matière première ou une partie composante. La LRFP assimile toutefois au producteur celui qui crée l'apparence d'être producteur (en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif) et celui qui importe un produit à titre professionnel. Au cas où le producteur ne peut pas être identifié, le fournisseur répond en outre à titre subsidiaire (voir l'art. 2 LRFP)¹²⁷.

Par *produit*, on entend toute chose mobilière, même si elle est incorporée dans une autre chose mobilière ou immobilière, ainsi que l'électricité (art. 3 LRFP). Sont des produits tous les objets mobiliers créés par la main de l'homme, tels que les biens de consommation, les installations techniques, les machines et les appareils, les véhicules, les produits chimiques, les denrées alimentaires et les matériaux d'emballage. Sont également des produits les matières premières, tels que le charbon, les métaux précieux, le pétrole, le sable, le gravier, le bois ou l'eau.

La notion de *défait* est définie à l'art. 4 LRFP. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, compte tenu : de toutes les circonstances et notamment de sa présentation (al. 1 let. a) ; de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu (al. 1 let. b) ; du moment de sa mise en circulation (al. 1 let. c). Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis ultérieurement en circulation (al. 2). Bien qu'elle ne ressorte pas du texte de la loi, on peut retenir une classification tripartite des défauts du produit : on distingue ainsi les défauts de fabrication, de conception et de présentation¹²⁸. A l'instar du droit européen, le droit suisse entend en principe apprécier le défaut en fonction d'un

¹²³ *Idem*, p. 794 N 3793.

¹²⁴ RS 221.112.944.

¹²⁵ WERRO RC, *op.cit.*, N 706; ATF 133 III 81 consid. 3.

¹²⁶ *Idem*, N 718.

¹²⁷ *Idem*, N 722.

¹²⁸ *Idem*, N 754.

résultat, sans égard au type de défaut en cause : le produit doit présenter la sécurité à laquelle le consommateur moyen pouvait légitimement s'attendre¹²⁹.

L'art. 5 al. 1 LRFP contient un catalogue des *causes d'exonération* que le producteur peut faire valoir. Aux termes de cette disposition, ce dernier n'est pas responsable s'il prouve : qu'il n'a pas mis le produit en circulation (let. a) ; que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a mis le produit en circulation (let. b) ; que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle (let. c) ; que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics (let. d) ; que l'état des connaissances scientifiques et techniques, lors de la mise en circulation du produit, ne permettait pas de déceler l'existence du défaut (let. e). L'exception à la responsabilité au sens de l'al. 1, let. e, ne s'applique pas aux organes, tissus ou cellules d'origine animale ainsi qu'aux transplants standardisés issus de ceux-ci destinés à être transplantés sur l'être humain (al. 1 bis). En outre, le producteur d'une matière première et le fabricant d'une partie composante ne sont pas responsables s'ils prouvent que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou la partie composante est incorporée, ou aux instructions données par le fabricant du produit (al. 2).

Concernant la prescription, les prétentions en dommages-intérêts prévues par la LRFP se prescrivent par trois ans à compter de la date à laquelle la victime a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur (art. 9 LRFP).

2.4.2. Droit applicable en droit international privé

La Suisse n'a pas ratifié la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits¹³⁰.

La LDIP contient une règle spécifique en matière de responsabilité du fait d'un produit. Ainsi, l'art. 135 al. 1 LDIP dispose que les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies au choix du lésé : a) par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle ; ou b) par le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement. L'art. 135 al. 2 LDIP précise que si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.

L'art. 135 LDIP offre une solution qui vise à assurer au lésé un niveau de protection élevé, sans toutefois négliger les intérêts du responsable¹³¹. L'*auteur* au sens de cette disposition est le producteur selon la LRFP¹³². La notion d'*établissement* d'une société est définie à l'art. 21 al. 4 LDIP, selon lequel l'établissement d'une société se trouve dans l'Etat dans lequel se trouve son siège ou dans un Etat dans lequel se trouve une de ses succursales. Le siège d'une société est réputé se trouver au lieu désigné dans les statuts ou dans le contrat de société. A défaut de désignation, le siège d'une société se trouve au lieu où la société est administrée en fait (21 al. 2 LDIP). S'agissant de la notion de succursale, la LDIP ne la définit pas ; elle doit donc être empruntée au droit matériel suisse. Selon la jurisprudence, la succursale est un établissement commercial qui, dans la dépendance d'une entreprise principale dont il fait juridiquement partie, exerce d'une façon durable, dans des locaux séparés, une activité similaire, en jouissant d'une certaine autonomie dans le monde économique et celui des affaires¹³³.

¹²⁹ *Idem*, N 763.

¹³⁰ http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=84#mem.

¹³¹ BUCHER, BONOMI, *op.cit.*, N 1095.

¹³² *Idem*, N 1096.

¹³³ *Idem*, N 1183 et réf. citées.

Dans le cas de dommages causés par un produit ou une description défectueuse, il est fréquent que l'acte dommageable (la survenance du défaut) et le résultat (la lésion directe du bien ou de l'intérêt juridique protégé) interviennent sur le territoire de deux pays différents¹³⁴. Toutefois, le critère de rattachement prévu à l'art. 135 al. 1 LDIP n'est ni le lieu de l'acte ni celui du résultat, mais celui de l'établissement (siège ou succursale) de l'auteur ou du lieu d'acquisition du produit. Sans entrer dans l'examen de toutes les hypothèses imaginables, on constate donc que pour un résultat survenu hors de Suisse, la LRFP pourrait être applicable si le producteur (au sens de l'art. 2 LRFP) du produit défectueux a son siège en Suisse (art. 135 al. 1 let. a LDIP).

Au vu de ce qui précède, il est envisageable d'appliquer la LRFP et d'agir en Suisse contre une société y ayant son siège, pour le dommage causé par le défaut d'une chose dont elle est le producteur au sens de l'art. 2 LRFP, mais dont le résultat est intervenu à l'étranger. Il pourrait s'agir, par exemple, du défaut d'un médicament produit par une entreprise pharmaceutique dont le siège se trouve en Suisse. Toutefois, hormis une éventuelle application du principe de la transparence (« Durchgriff »), il ne semble pas envisageable d'agir contre une maison mère pour les produits défectueux fabriqués et mis en vente par sa filiale (voir ci-dessus pp. 16-21, principe de la dualité juridique).

¹³⁴ *Idem*, N 1095 et 1080.

3. Droit pénal

Jusqu'ici, l'accent a été mis sur le droit civil : les règles qui régissent les rapports privés entre les individus et permettent aux personnes lésées d'obtenir réparation – en s'adressant aux tribunaux – de la part des personnes physiques ou morales considérées comme responsables des dommages qu'elles subissent.

Au présent chapitre, il sera question du droit pénal : l'ensemble des règles de droit organisant, au moyen de peines, la répression des atteintes à l'ordre social. A la différence de la responsabilité civile, qui est l'obligation de répondre du dommage que l'on a causé en versant des dommages-intérêts, la responsabilité pénale implique l'action de l'Etat contre un trouble à l'ordre public. Le code pénal (CP) contient ainsi les normes définissant les comportements érigés en crimes, délits ou contraventions, et les règles permettant l'application de ces normes aux individus.

Par le passé, le droit pénal ne sanctionnait pas les entreprises en tant que telles, en application du principe juridique *Societas delinquere non potest*, selon lequel une personne morale ne pouvait pas être rendue responsable pénalement. Ce principe a cependant connu des évolutions parallèles à l'évolution de la société. Dans certains pays, aujourd'hui, les personnes morales peuvent également être poursuivies pénalement. Ainsi, en France, les personnes morales – à l'exclusion de l'Etat – sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants¹³⁵.

3.1. L'exception de l'article 102

En Suisse, le Code pénal contient une exception sous la forme d'une disposition s'appliquant non seulement aux individus, mais également aux entreprises. Il s'agit de l'art. 102. Introduit en 2003 dans le Code pénal, il prévoit deux régimes distincts de poursuite pénale :

- Al. 1 : une punissabilité exclusive de l'entreprise dans les cas où un crime ou délit – commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts – ne peut être imputé à une personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de ladite entreprise ;
- Al. 2 : une punissabilité conjointe de l'entreprise et de la personne physique qui en est l'auteur – dans les cas d'infractions aux art. 260ter CP (participation à une organisation criminelle), art. 260quinquies CP (financement du terrorisme), art. 305bis CP (blanchiment d'argent), art. 322ter CP (corruption active d'agents publics suisses), art. 322quinquies CP (octroi d'un avantage), art. 322septies al. 1 CP (corruption active d'agents publics étrangers) ou art. 4a, al. 1 let. a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (corruption privée) – s'il doit être reproché à l'entreprise de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

Selon le *premier alinéa* de l'art. 102 CP, la responsabilité pénale de l'entreprise est donc engagée si elle ne parvient pas à identifier – faute d'organisation en son sein – la personne physique qui est responsable de l'infraction à titre principal. L'entreprise ne peut ainsi pas être poursuivie à titre principal pour l'infraction, mais seulement pour son manquement à identifier la personne au sein de l'entreprise qui est responsable de l'infraction. Selon le *second alinéa* de l'art. 102 CP, l'entreprise est poursuivie pour un nombre limité d'infractions, s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher ces infractions.

Les condamnations sur cette base ont été extrêmement rares. On peut relever, à titre d'exemple, le cas de l'entreprise Alstom Network Suisse, qui a été reconnue coupable en novembre 2011 par le Ministère public de la Confédération, de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation

¹³⁵ Voir art. 121-2 du Code pénal français.

nécessaires pour empêcher le versement de montants de corruption à des agents publics étrangers¹³⁶.

L'art. 102 al. 1 CP indique que l'infraction pénale dont répond l'entreprise doit être commise « dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts ». Si les termes « activités commerciales » appellent à une interprétation large incluant « tout ce qui concourt à cette activité proprement dite ou en constitue un dérivé ou une incidence », ces activités n'en doivent pas moins demeurer conformes aux buts de l'entreprise¹³⁷. Par entreprise, dans un groupe de sociétés, il faut entendre non seulement la maison mère, mais également sa filiale, s'il existe une unité économique fondant un lien étroit entre les sociétés en cause. On devra en outre pouvoir reprocher à la maison mère le défaut d'organisation de sa filiale, de telle sorte que celui-ci lui apparaisse imputable¹³⁸.

3.2. La question de la territorialité

Une autre question est celle de savoir si la responsabilité pénale de la maison mère peut être engagée, en Suisse, pour des actes commis au sein de ses succursales ou filiales à l'étranger. S'applique à cet égard le principe de territorialité. Selon l'art. 3 CP, le Code pénal est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse. Est considéré tant le lieu où l'auteur a agi que celui où le résultat s'est produit (art. 8 CP). On notera également qu'en application de l'art. 6 CP, le Code pénal suisse est également applicable aux crimes ou délits commis à l'étranger et poursuivis en vertu d'un accord international, si l'acte est également réprimé dans l'Etat où il a été commis et si l'auteur se trouve en Suisse.

Selon la doctrine, cependant :

« la responsabilité directe ou indirecte de l'entreprise-mère est le plus souvent engagée, que ce soit par commission ou par omission, sur la base du principe de la territorialité suisse. La tendance contemporaine en matière de *due diligence* des entreprises transnationales devrait d'ailleurs faire admettre plus facilement, à terme, la responsabilité directe ou indirecte, par commission ou par omission, de sociétés-mères pour les instructions données ou pour le défaut de surveillance de leurs succursales à l'étranger. A l'inverse, on peut admettre une compétence pénale de la Suisse pour les faits dont une entreprise-mère étrangère ou une succursale dans un autre pays serait responsable, pour autant que le groupe ait un établissement stable en Suisse »¹³⁹.

Il convient également de relever une autre norme de compétence intéressante en droit suisse. Le nouvel article 264m CP a prévu la compétence des autorités suisses de poursuite pénale dans les cas suivants :

1 Quiconque commet à l'étranger un des actes visés aux titres 12 bis et 12ter ou à l'art. 264 k est punissable s'il se trouve en Suisse et qu'il n'est pas extradé ni remis à un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse.

2 Lorsque l'auteur n'est pas de nationalité suisse et que l'acte commis à l'étranger n'était pas dirigé contre un ressortissant suisse, les autorités peuvent suspendre la poursuite pénale ou y renoncer, sous réserve de la conservation des preuves, dans les cas suivants :

a) une autorité étrangère ou un tribunal pénal international dont la compétence est reconnue par la Suisse poursuit l'infraction et l'auteur est extradé ou remis à ce tribunal ;

b) l'auteur ne se trouve plus en Suisse et n'y reviendra probablement pas.

¹³⁶ ATS/AFP, 22.11.2001.

¹³⁷ MACALUSO, *La responsabilité pénale de l'entreprise, Principes et commentaires des articles 100 quater et 100 quinquies* CP, Zurich, Bâle, 2004, p. 130.

¹³⁸ MACALUSO, N. 564 ss. et *Commentaire romand*, CP I, ad art. 102 N 19 ss.

¹³⁹ HENZELIN, *Commentaire romand*, CP I, ad art. 6 N 25.

Cette disposition prévoit donc une compétence universelle pour les actes de génocide et de crime contre l'humanité (titre 12bis), ainsi que pour les crimes de guerre (titre 12ter). Elle fonde la compétence des autorités suisses de poursuite pénale en cas de présence de l'auteur en Suisse, sauf les exceptions mentionnées, notamment l'extradition à un tribunal international comme la Cour pénale internationale.

Si une entreprise ayant son siège ou son administration en Suisse se révèle être complice de tels actes commis à l'étranger, ses dirigeants pourront être poursuivis en Suisse s'ils sont identifiés, ou à défaut l'entreprise elle-même.

3.3. Propositions de modifications légales

Selon le deuxième alinéa de l'art. 102 CP, le droit pénal suisse ne prévoit la punissabilité conjointe de l'entreprise et de la personne physique qui en est l'auteur que dans le nombre restreint de cas mentionnés ci-dessus. Il convient de les compléter avec les domaines dans lesquels les entreprises peuvent concourir à la violation de droits humains, soit notamment les art. 111 (meurtre), art. 112 (assassinat), art. 122 (lésions corporelles graves), art. 123 (lésions corporelles simples), art. 125 (lésions corporelles par négligence), art. 127 (exposition), art. 144 (dommages à la propriété), art. 234 (contamination d'eau potable), art. 264 (génocide), art. 264a (crime contre l'humanité) et art. 264b à 264k (crimes de guerre et infractions graves aux conventions de Genève). D'autres dispositions pourraient être ajoutées, au risque toutefois d'alourdir l'art. 102 CP.

En outre, il convient de relever que le montant de l'amende maximale – 5 millions de francs – qu'encourt une entreprise n'est pas suffisamment dissuasif, en particulier pour les entreprises transnationales. Les sanctions prévues à l'étranger sont plus élevées¹⁴⁰.

Aujourd'hui, l'art. 102 CP a la teneur suivante :

1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus.

2 En cas d'infraction prévue aux art. 260ter, 260quinquies, 305bis, 322ter, 322quinquies ou 322septies al. 1, ou encore 4a, al. 1 let. a de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

3 Le juge fixe l'amende en particulier d'après la gravité de l'infraction, du manque d'organisation et du dommage causé, et d'après la capacité économique de l'entreprise.

4 Sont des entreprises au sens du présent titre :

- a) les personnes morales de droit privé ;*
- b) les personnes morales de droit public, à l'exception des corporations territoriales ;*
- c) les sociétés ;*
- d) les entreprises en raison individuelle.*

Nous proposons l'ajout d'un 3ème alinéa, les alinéas actuels 3 et 4 devenant 4 et 5 :

3 En cas d'infraction prévue aux art. 111, 112, 122, 123, 125, 127, 144, 234, 264, 264a et 264b à 264k, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

¹⁴⁰ Jean-Pierre MEAN, président de la section suisse de Transparency International, *La Liberté*, 28 octobre 2011.

Nous proposons également une modification du 1^{er} alinéa :

1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinquante millions de francs au plus.

Il ne se justifie pas, en revanche, d'introduire des modifications au droit pénal administratif dans la mesure où celui-ci ne permet pas la participation des personnes lésées, mais uniquement l'intervention de l'Etat. Le droit pénal administratif contient en effet des dispositions figurant dans des lois matérielles de droit public et est appliqué par les autorités administratives. L'Etat n'est pas obligé de donner suite, ni de rendre des comptes. La personne lésée est considérée comme simple dénonciatrice.

4. Droit de l'environnement

Comme nous l'avons indiqué en introduction, le droit suisse de l'environnement s'est développé principalement en droit public. Plusieurs lois fédérales régissent la protection de l'environnement, des eaux, des forêts ainsi que de la nature et du paysage. Elles sont complétées par une multitude d'ordonnances du Conseil fédéral. Le droit public régit les rapports entre l'Etat et les citoyens. Mais il est admis aujourd'hui que le droit de l'environnement fait partie de ces matières qui ne peuvent plus être attribuées au seul droit public¹⁴¹ :

« En cas d'atteinte au milieu naturel, il se peut que les autorités étatiques restent inactives, soit parce qu'elles n'ont pas connaissance d'un problème, soit parce qu'elles ne jugent pas l'affaire suffisamment importante ou alarmante pour justifier une intervention. Il se peut aussi qu'elles n'insistent pas assez, ou encore que leur intervention ne permette pas la remise en état effective des ressources naturelles endommagées ou détruites [...]. Finalement, il se peut que les autorités n'aient pas la volonté d'agir parce que leurs intérêts ou ceux de leurs représentants ne coïncident pas avec ceux du responsable de l'atteinte »¹⁴².

Pour ces raisons, le droit de la responsabilité civile doit permettre de renforcer la protection offerte par le droit public, notamment en autorisant un contrôle plus large et en offrant également la possibilité de régler les conflits entre particuliers.

La mise en œuvre du droit de la responsabilité civile s'avère toutefois délicate. Se pose notamment la question de la qualité pour agir et celle de la nature du dommage susceptible d'être réclamé.

4.1. La question de la qualité pour agir

Dans l'affaire du gypaète barbu abattu par un chasseur en 1997, par exemple, l'Etat du Valais était intervenu en se portant partie civile dans la procédure pénale. Il s'était cependant contenté d'un arrangement transactionnel portant sur une somme de 20 000 francs suisses, alors que les conclusions prises au plan civil par une fondation s'occupant de la reconstitution de la population sauvage des oiseaux dans les Alpes se montaient à 118 000 francs.

Lors de l'examen de l'action civile intentée par cette fondation, le Tribunal cantonal valaisan a retenu qu'elle n'avait pas la qualité pour agir en paiement de dommages-intérêts et que le préjudice réclamé ne constituait pas un dommage reconnu en droit suisse. De son côté, le Tribunal fédéral a admis qu'en France, par exemple, la loi permet aux associations agréées d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits constitutifs des infractions relatives aux espèces animales protégées, ce qui n'est pas le cas en Suisse. Il a également examiné diverses solutions jurisprudentielles, pour retenir qu'elles ne sont pas conciliables avec l'état actuel du droit suisse¹⁴³.

La présente étude proposera en conséquence une modification légale à cet égard.

4.2. La question de la réparation du dommage

S'agissant du dommage pouvant être réclamé en droit suisse, il correspond en principe à la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et l'état dans lequel se trouvait ce patrimoine sans l'événement dommageable¹⁴⁴. Pour Anne-Sylvie Dupont, la limitation du champ de protection du droit de la responsabilité civile aux intérêts de nature économique restreint les possibilités de l'action en responsabilité civile de manière injustifiée. L'exemple du dommage écologique est révélateur à cet égard. Lorsque l'on évoque cette question, on s'entend en effet fréquemment répondre que l'atteinte

¹⁴¹ Benoît CHAPPUIS, *op.cit.*, p. 6.

¹⁴² DUPONT, *op.cit.*, pp. 428-429.

¹⁴³ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.317/2002 du 20 février 2004.

¹⁴⁴ WERRO, *La responsabilité civile*, 2ème édition, Berne 2011, n° 977, p. 279.

portée aux ressources naturelles ne peut pas entraîner de dommage, puisque les ressources naturelles n'ont pas de valeur économique¹⁴⁵.

Il importe en conséquence de se référer à d'autres notions, comme l'a fait le législateur avec l'art. 31 de la Loi fédérale sur l'application du génie génétique au domaine non humain. Cette disposition prévoit qu'en cas d'atteinte aux ressources naturelles, le responsable doit rembourser « les frais des mesures nécessaires et adéquates prises pour remettre en état les composantes de l'environnement détruites ou détériorées, ou pour les remplacer par un équivalent »¹⁴⁶.

La jurisprudence a elle aussi trouvé des solutions. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il accordé aux cantons de Vaud et de Fribourg des dommages-intérêts équivalents aux frais de repeuplement d'un tronçon de la Broye sur lequel des poissons avaient été décimés par le déversement de substances chimiques¹⁴⁷.

4.3. La Convention d'Aarhus

La Convention d'Aarhus offre, elle aussi, des possibilités intéressantes. Il est regrettable qu'elle n'ait pas encore été ratifiée par la Suisse¹⁴⁸.

Selon son texte, chaque Etat doit prévoir dans son droit interne un accès à l'information sur l'environnement (article 4). La Convention prévoit également que toute personne puisse s'adresser à une instance judiciaire si sa demande d'information a été ignorée, rejetée abusivement ou insuffisamment prise en compte. Elle protège l'accès à la justice des organisations non gouvernementales. Enfin, les membres du public doivent pouvoir engager des procédures non seulement administratives, mais également judiciaires « pour contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement » (article 9)¹⁴⁹.

Les constatations qui précèdent aboutissent à l'exigence d'une ratification de la Convention d'Aarhus par la Suisse, permettant d'introduire les modifications indispensables en matière de droit de l'environnement en droit suisse.

4.4. Propositions de modifications légales

Dans l'immédiat, un nouvel article 59e pourrait être introduit au titre 4 de la Loi fédérale sur la protection de l'environnement, qui traite de la responsabilité civile¹⁵⁰.

L'art. 59a LPE a actuellement la teneur suivante :

1 Le détenteur d'une entreprise ou d'une installation qui présente un danger particulier pour l'environnement répond des dommages résultant des atteintes que la réalisation de ce danger entraîne. En cas de dommage dû à l'utilisation d'organismes pathogènes, l'art. 59a bis est applicable.

2 Présentent en règle générale un danger particulier pour l'environnement, notamment les entreprises et installations suivantes :

- a) celles que le Conseil fédéral soumet aux prescriptions d'exécution selon l'art. 10 en raison des substances, des organismes ou des déchets qu'elles utilisent ;*
- b) celles qui servent à éliminer les déchets ;*
- c) celles dans lesquelles sont utilisés des liquides pouvant altérer les eaux ;*
- d) celles qui détiennent des substances dont l'utilisation est soumise à autorisation par le Conseil fédéral, ou pour lesquelles le Conseil fédéral édicte d'autres prescriptions particulières pour protéger l'environnement.*

¹⁴⁵ DUPONT, *op.cit.*, p. 434.

¹⁴⁶ LGG, RS 814.91.

¹⁴⁷ ATF 90 II 417.

¹⁴⁸ Conclue à Aarhus (Danemark), le 25 juin 1998, elle est entrée en vigueur le 30 octobre 2001.

¹⁴⁹ Cf. www.unece.org/env/pp.

¹⁵⁰ LPE, RS 814.01.

3 Est libéré de cette responsabilité, celui qui prouve que le dommage est dû à la force majeure ou à une faute grave du lésé ou d'un tiers.

4 Les art. 42 à 47 et 49 à 53 du code des obligations sont applicables.

5 La réserve prévue à l'art. 3 est applicable aux dispositions sur la responsabilité civile contenues dans d'autres lois fédérales.

6 La Confédération, les cantons et les communes sont également responsables aux termes des al. 1 à 5

Nous proposons l'ajout d'un art. 59e au titre 4 de la LPE :

1 L'organisation de protection de l'environnement ayant qualité pour recourir au sens de l'art. 55 a en outre qualité pour agir en responsabilité civile au sens de l'art. 59a, et cela même si l'atteinte à l'environnement s'est produite à l'étranger, dans la mesure où les tribunaux suisses sont compétents pour en connaître.

2 Lorsque le dommage a été causé au préjudice d'un lésé déterminé ou d'une collectivité, l'organisation de protection de l'environnement ne peut agir qu'en paiement de dommages-intérêts à ceux-ci et pour autant qu'ils n'agissent pas eux-mêmes.

3 Le dommage alloué par le juge correspond aux frais des mesures nécessaires et adéquates prises pour remettre en état les composantes de l'environnement détruites ou détériorées, ou pour les remplacer par un équivalent.

5. Droit de procédure

La *procédure civile* regroupe les règles applicables devant les tribunaux civils, chargés de juger les litiges entre particuliers, personnes morales ou physiques. La *procédure pénale*, quant à elle, a pour objet la mise en œuvre du droit pénal, de la recherche des auteurs d'infractions jusqu'au jugement. Elle contient l'ensemble des règles qui organisent le processus de répression et fait le lien entre l'infraction et la peine. Les problématiques de la procédure civile seront examinées ci-dessous sous 5.1., alors que celles de la procédure pénale suivront sous 5.2.

5.1. Procédure civile

5.1.1. L'absence de toute possibilité de demande collective en procédure civile suisse

En Suisse, les victimes subissant un dommage analogue causé par une même entreprise ne bénéficient pas de la possibilité de déposer une demande collective. Cette question a fait l'objet de débats par le passé. Ainsi, en 1998, une motion déposée devant le parlement demandait au Conseil fédéral de soumettre un projet créant la base légale pour une plainte collective dans les domaines du droit du travail, du droit du bail à loyer et du droit de la consommation.

La réponse du Conseil fédéral est intervenue en 1999. Elle mentionne que la question « mérite d'être examinée », mais que cela devra se faire ultérieurement, à l'occasion de l'harmonisation de la procédure civile¹⁵¹. Il est vrai qu'à l'époque – cela a été le cas jusqu'au 31 décembre 2010 – la Suisse ne connaissait pas encore d'unification de la procédure civile, chaque canton disposant de sa propre législation en la matière. Cette unification n'est intervenue qu'à partir du 1^{er} janvier 2011 avec le nouveau Code de procédure civil suisse. Il a été adopté par l'Assemblée fédérale le 19 décembre 2008, après l'approbation, le 12 mars 2000, de nouvelles normes constitutionnelles consacrant l'unification des procédures civile et pénale¹⁵².

5.1.1.1. La position du Conseil fédéral

Vu la réponse donnée par le Conseil fédéral en 1999 à la question de la plainte collective en droit suisse, on aurait pu imaginer qu'une réalisation interviendrait à l'occasion de l'élaboration du Code de procédure civile suisse quelques années plus tard. Il n'en est cependant rien, car un changement de position est intervenu entre-temps. Ainsi, on peut lire ce qui suit dans le *Message* du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006¹⁵³ :

« L'action de groupe (*class action*) n'a pas été introduite non plus. De fait, l'exercice de droits d'un grand nombre de personnes par une seule, sans leur accord et avec effet obligatoire pour elles, est étranger à la tradition juridique européenne. Les possibilités accrues de regroupement d'actions, par les instruments classiques sont suffisantes. Par ailleurs, la *class action* est critiquée dans le pays même qui l'a instituée (les Etats-Unis), car elle peut engendrer de gros problèmes d'organisation. La procédure dite d'homologation peut déjà être d'une extrême complexité et s'étendre en longueur. En particulier, la définition du groupe légitimé à agir peut être controversée et les problèmes posés par le partage du montant alloué ne sont pas des moindres – des procès consécutifs sont à proprement parler programmés à l'avance. De plus, la *class action* n'est pas apte à permettre le règlement définitif d'un litige, car les membres du groupe peuvent en sortir. La *class action* peut enfin être utilisée abusivement. Les sommes réclamées sont souvent énormes, ce qui oblige le défendeur à céder de peur de tomber d'un jour à l'autre dans le surendettement ou en faillite (phénomène appelé *legal blackmail*) ».

¹⁵¹ Motion 98.3401, déposée par Erwin JUTZET le 28.09.1998, réponse du Conseil fédéral du 08.03.1999, classée le 06.10.2000.

¹⁵² RO 2006 1059 ; RO 2002 3148.

¹⁵³ FF 2006 6902.

La demande collective a ainsi été abandonnée suite à la procédure de consultation et n'a pas fait l'objet de débat au Parlement. Le message du Conseil fédéral admet que l'idée a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation : « Le Conseil fédéral a tenu compte de ces critiques »¹⁵⁴.

Cette position frileuse a été critiquée en doctrine. Pour Leando Peruchi, le cas UBS a révélé des lacunes préoccupantes relatives à la protection juridique des demandeurs en Suisse, lesquelles ont été reconnues par le Conseil fédéral. Il est désormais incontestable que le droit suisse de procédure civile en vigueur est insuffisant en ce qui concerne la protection collective. Bien que le besoin de réglementation ait été reconnu, celle-ci a été délibérément omise pour les raisons évoquées ci-dessus. Pour l'auteur, la *class action* du droit américain est compatible avec les principales maximes de procédure et garanties constitutionnelles suisses¹⁵⁵.

5.1.1.2. Proposition de modification légale

La proposition formulée dans le cadre de la présente étude ne va pas si loin. Elle tient compte des réticences émises face à la *class action* du droit américain lors du récent processus d'adoption du Code suisse de procédure civile. Ainsi, une solution permettant d'éviter tout excès – à travers laquelle une association devra désigner les intéressés et recevoir leur accord – sera proposée. Cette proposition n'implique pas de modification du droit suisse en matière de responsabilité délictuelle ou contractuelle.

Le Code suisse de procédure civile (CPC) prévoit déjà « une action des organisations » à son art. 89, qui a la teneur suivante :

1 Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe.

2 Elles peuvent requérir du juge :

- a) d'interdire une atteinte illicite si elle est imminente ;*
- b) de la faire cesser si elle dure encore ;*
- c) d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste.*

3 Les dispositions spéciales sur le droit d'action des organisations sont réservées.

Nous proposons d'introduire un art. 89a dans le Code de procédure civile :

Art. 89a - Action en paiement des organisations

1 Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour réclamer le paiement d'une somme d'argent ou d'un montant non chiffré en faveur de personnes intéressées de ce groupe.

2 La demande doit contenir la désignation de toutes les personnes intéressées ainsi que, pour chacune d'elle, une déclaration écrite d'acceptation de la demande.

3 Si l'action en paiement est chiffrée, la condamnation intervient directement en faveur des personnes intéressées désignées dans la demande.

4 Si l'action en paiement n'est pas chiffrée, le juge rend une décision partielle sur le principe de la réclamation. Les personnes intéressées désignées dans la demande disposent d'un délai de six mois dès l'entrée en force de la décision partielle pour réclamer le paiement d'une somme

¹⁵⁴ FF 2006 6901.

¹⁵⁵ Leandro PERUCCHI, « Class action für die Schweiz », *AJP/PJA* 4/2011, p. 489.

d'argent chiffrée dans le cadre de la même procédure. L'action non chiffrée de l'organisation interrompt la prescription au sens de l'art. 135 CO à l'égard de toutes les personnes intéressées désignées dans la demande.

5.1.2. L'absence d'une procédure de « discovery »

En Suisse, le principe de l'égalité des armes, consacré à l'art. 6 CEDH et donc directement applicable, est considéré en pratique uniquement sous l'angle de la procédure pénale. Pour Piquerez, dans le procès civil, les parties sont des sujets égaux, mais ce n'est pas le cas dans le procès pénal. C'est là que le principe de l'égalité des armes a toute son importance¹⁵⁶. En droit de procédure civile suisse, un individu plaidant contre une entreprise sera systématiquement confronté à la disproportion de moyens et de puissance entre les parties. Le juge n'a que peu de moyens de rétablir l'équilibre.

L'inégalité des armes peut toutefois être corrigée par le juge en obligeant la partie qui détient une pièce à la produire. C'était le cas jusqu'à récemment, par exemple, avec l'art. 186 al. 2 de la loi de procédure civile genevoise¹⁵⁷ :

Art. 186 - Fardeau de la preuve

1 La partie qui allègue un fait, que ce soit pour en déduire son droit ou sa libération, doit le prouver, à moins que l'autre partie ne déclare l'admettre ou que la loi permette de le tenir pour avéré.

2 Le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas. En cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré.

Sur cette question très importante de la preuve, le Code de procédure civile suisse marque un net recul. En effet, les dispositions suivantes ont été introduites :

Art. 162 - Refus justifié de collaborer

Le tribunal ne peut inférer d'un refus légitime de collaborer d'une partie ou d'un tiers que le fait allégué est prouvé.

Art. 163 - Droit de refus

1 Une partie peut refuser de collaborer:

- a) lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 à une poursuite pénale ou engager sa responsabilité civile ;*
- b) lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 CP34 ; les réviseurs sont exceptés ; l'art. 166, al. 1, let. b, in fine, est applicable par analogie.*

2 Les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité.

Art. 164 - Refus injustifié

Si une partie refuse de collaborer sans motif valable, le tribunal en tient compte lors de l'appréciation des preuves.

C'est ainsi que le droit de refuser de collaborer est facilité par la possibilité de se protéger contre une poursuite pénale ou une prétention civile, ce qui est nouveau pour ce dernier point. D'autres secrets que le secret professionnel protégé par la loi sont pris en compte. Enfin, même en cas de refus

¹⁵⁶ *Traité de procédure pénale suisse*, Genève, Zurich, Bâle, 2006, n° 468.

¹⁵⁷ E 3 05.

injustifié, le fait allégué par la partie adverse ne sera pas automatiquement tenu pour avéré, un large pouvoir d'appréciation étant laissé au juge¹⁵⁸.

5.1.2.1. Propositions de modifications légales

La proposition formulée dans le cadre de la présente étude a pour but de remédier aux insatisfactions procédurales introduites dans le nouveau code de procédure civile en matière d'obligation de collaborer à l'apport de la preuve. L'objectif est de faciliter, pour les demandeurs, l'apport des preuves détenues par les entreprises.

Nous proposons une nouvelle teneur pour chacun des art. 162 à 164 CPC :

Art. 162 - Collaboration à l'apport de la preuve

Le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas.

Art. 163 - Droit de refus

Une partie peut refuser de collaborer :

a) lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 à une poursuite pénale ;

b) lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du code pénal (CP) ; les réviseurs sont exceptés ; l'art. 166, al. 1, let. b, in fine, est applicable par analogie.

Art. 164 - Refus injustifié de collaborer

Si une partie refuse de collaborer sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse est tenu pour prouvé.

5.2. Procédure pénale

Comme nous l'avons indiqué plus haut, la procédure pénale a pour objet la mise en œuvre du droit pénal par la recherche des auteurs d'infractions, leur sanction et, le cas échéant, la confiscation des valeurs acquises en violation de la loi. Elle contient l'ensemble des règles organisant ce processus de répression. La mise en œuvre de l'action pénale incombe au Ministère public qui – sous réserve de quelques exceptions qui ne concernent pas la présente étude – doit agir d'office, dès l'instant où « des soupçons laissent présumer qu'une infraction a été commise »¹⁵⁹.

L'expérience démontre cependant que les procureurs n'ont pas toujours la volonté d'agir, notamment dans des situations délicates. Celles-ci se rencontrent fréquemment en matière de violation des droits humains au plan international. Or, en cas de refus d'agir du Ministère public, seule une personne lésée – c'est-à-dire « une personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction » – est autorisée à saisir le juge pour obtenir que l'action pénale soit engagée¹⁶⁰. Non seulement les victimes directes des crimes commis n'ont pas toujours la possibilité d'intervenir dans une procédure pénale en Suisse, mais il existe aussi des infractions pour lesquelles il n'existe pas de lésé direct, au sens du droit de procédure.

¹⁵⁸ CPC-Nicolas JEANDIN, art. 164 N 6 à 8.

¹⁵⁹ Art. 299 al. 2 du Code de procédure pénale (CPP).

¹⁶⁰ Art. 115 CPP. Sur la notion de « lésé », voir notamment Camille PERRIER, *Commentaire romand du Code de procédure pénale*, ad art. 115 CPP N. 5 ss.

C'est notamment le cas en matière de corruption ou de blanchiment du produit de ce crime, la preuve d'un dommage étant souvent difficile à apporter¹⁶¹. Sachant que la corruption d'agents publics joue un rôle déterminant dans les atteintes aux droits fondamentaux de nombreuses populations, il n'est pas admissible que, dans de telles situations, la décision d'engager ou non une action pénale en Suisse soit laissée à la libre appréciation du Ministère public, sans recours possible au juge.

5.2.1. Propositions de modifications légales

C'est pourquoi le code de procédure pénale doit être complété pour permettre aux associations à but idéal, notamment celles qui se consacrent à la défense des victimes, d'exercer elles-mêmes les droits de partie¹⁶² dans certaines causes. Une telle réforme ne serait d'ailleurs pas une véritable nouveauté en droit suisse, les associations ayant déjà qualité pour agir au pénal en matière de concurrence déloyale¹⁶³. En droit français, par exemple, le code de procédure pénale permet aux associations de se substituer aux lésés dans de nombreux domaines du droit pénal¹⁶⁴.

Nous proposons donc deux dispositions complémentaires :

D'une part, l'ajout d'une lettre d. à l'al. 1 de l'art. 104 Parties :

1 Ont la qualité de partie :

a) le prévenu ;

b) la partie plaignante ;

c) le ministère public, lors des débats ou dans la procédure de recours ;

d) les associations, dans les limites prévues à l'article 121 bis.

2 La Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités, à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics.

D'autre part, l'introduction d'un nouvel article 121 bis CPP :

1 Les associations d'importance nationale, sans but lucratif, dont les statuts prévoient la défense des intérêts protégés par les dispositions qui suivent, peuvent exercer les droits réservés au lésé dans la poursuite de ces infractions :

a. Discrimination raciale (article 261bis CP)

b. Génocide et crimes contre l'humanité (articles 264 et 264a CP)

c. Crimes de guerre (articles 264c à 264j CP)

d. Gestion déloyale des intérêts publics (article 314 CP)

e. Corruption (articles 322ter à 322septies CP)

f. Blanchiment d'argent (article 305bis CP) dans la mesure où les valeurs patrimoniales en cause proviennent d'un crime visé sous lettres b. à e.

g. Contamination d'eau potable (art. 234 CP)

h. Dommages à la propriété dans la mesure où le dommage causé est considérable (art. 144 al. 3 CP)

2 Les associations ne disposent des droits de partie que si elles ont été valablement constituées trois ans au moins avant les faits justifiant la poursuite.

¹⁶¹ Ainsi par exemple, dans un arrêt du 27 octobre 2011 (cause SK.2008.17), le Tribunal pénal fédéral vient-il de dénier à la République fédérative du Brésil la qualité de partie civile dans une procédure mettant en cause des fonctionnaires brésiliens corrompus.

¹⁶² Une base légale formelle est en effet nécessaire. A propos de l'art. 261bis CP par exemple, voir Martin SCHUBARTH, *Delikte gegen den öffentlichen Frieden*, 2007, ad 261bis CP N. 129 p. 168 et l'ATF 125 IV 206 consid.2a ; en matière de LCD, voir ATF 120 IV 154.

¹⁶³ Art. 10 et 23 de la Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).

¹⁶⁴ Art. 2-1 ss. du Code de procédure pénale française.

3 Lorsque l'infraction en cause a été commise au préjudice d'un lésé déterminé et que ce dernier s'est valablement constitué partie plaignante, l'association n'est recevable à agir qu'avec l'accord de ce lésé.

III. CONCLUSIONS ET PROPOSITIONS EN MATIERE DE LEGISLATION

1. Principales conclusions

Au terme de la présente étude, force est de constater que le cadre de référence « Protéger, respecter et réparer », discuté depuis de longues années et dont les Principes directeurs ont été adoptés en juin 2011 par le Conseil des droits de l'homme, n'a pas connu de réalisation en Suisse à ce jour. Le droit suisse en effet ne contient ni obligations à charge des dirigeants d'entreprises de faire respecter les droits humains dans le cadre de leurs activités, ni possibilités pour les victimes d'obtenir efficacement réparation. L'art. 35 al. 3 de la Constitution fédérale donne pourtant mandat au législateur de concrétiser les droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers. Le Tribunal fédéral l'a confirmé.

Le droit suisse actuellement en vigueur ne prévoit, à charge des membres du conseil d'administration d'une société anonyme, que la seule obligation d'exercer leurs attributions avec diligence et de veiller fidèlement aux intérêts de la société. Une entreprise répond certes des actes illicites commis par ses dirigeants dans le cadre de leurs activités – et l'on peut considérer que les violations des droits humains correspondent le plus souvent à des actes illicites. Dans ce cas, cependant, le droit suisse ne donne pas de possibilités aux victimes des agissements d'une filiale de réclamer réparation à la maison mère si l'on se trouve dans le cadre d'un groupe de sociétés.

Conformément au principe de la responsabilité limitée des personnes morales, dit aussi principe de la dualité juridique, la maison mère ne répond pas des dettes de ses filiales. Les créanciers n'ont de prétentions que contre les sociétés qui se sont engagées à leur égard ou ont commis à leur détriment des actes illicites. Le Tribunal fédéral a posé des exigences très strictes pour qu'il puisse être fait abstraction du principe de la dualité juridique. La règle de la transparence a été concrètement appliquée en rapport avec des sociétés unipersonnelles. Les tribunaux n'ont jusqu'à présent guère eu l'occasion d'appliquer le principe de la transparence à des groupes de sociétés.

Quant au droit pénal, il ne prévoit la punissabilité conjointe de l'entreprise et de la personne physique qui en est l'auteur que dans un nombre restreint de cas.

En droit de l'environnement, la mise en œuvre du droit de la responsabilité civile est insatisfaisante à deux égards. D'une part, en termes de qualité pour agir. D'autre part, parce que la limitation aux intérêts de nature économique restreint les possibilités de l'action en responsabilité civile. De plus, l'absence de ratification par la Suisse de la Convention d'Aarhus est regrettable, dans la mesure où elle régit l'accès à l'information sur l'environnement ainsi que les procédures permettant de contester les actes ou omissions de particuliers ou d'autorités publiques allant à l'encontre des dispositions du droit national de l'environnement.

En procédure civile suisse, les victimes subissant un dommage analogue causé par une même entreprise ne bénéficient pas de la possibilité de déposer une demande collective. De plus, un individu plaidant contre une entreprise sera systématiquement confronté à la disproportion de moyens et de puissance entre les parties.

En procédure pénale, les normes réprimant la corruption et le blanchiment sont difficiles à appliquer en raison de l'absence de particuliers lésés.

En résumé, la mise en œuvre d'une responsabilité des entreprises suisses pour les atteintes aux droits humains se heurte aux obstacles suivants :

- les administrateurs de sociétés anonymes en Suisse n'ont aucune obligation de faire respecter les droits humains dans le cadre de leurs activités, leur devoir de diligence ne les obligeant qu'à sauvegarder les intérêts de la société ;

- s'il est certes possible de réclamer des dommages-intérêts en Suisse à une société qui y a son siège, son administration centrale ou son établissement principal, elle ne répondra pas des actes d'une filiale (même à 100%) ou d'un fournisseur ;
- en droit international privé suisse, le droit applicable à la responsabilité fondée sur le principe de la transparence est celui qui régit la société dominée, soit le droit de l'Etat dans lequel celle-ci est incorporée, indépendamment de savoir si c'est elle ou la société dominante qui est atraite en justice ;
- dans les cas où le droit suisse serait applicable, la jurisprudence a posé des exigences très strictes pour qu'il puisse être fait abstraction du principe de la dualité juridique. La règle de la transparence (« Durchgriff ») n'est appliquée que restrictivement, en cas d'abus de droit et dans le cas de sociétés unipersonnelles ;
- en cas d'actes illicites (sauf cas très particuliers), en vertu du principe de la dualité juridique, la maison mère ne répond pas des actes de ses filiales ;
- en droit pénal, la punissabilité conjointe de l'entreprise et de la personne physique qui est l'auteur d'un crime dans le cadre de ses fonctions dirigeantes n'est prévue que dans un nombre trop restreint de cas. La sanction maximale pouvant être infligée à une entreprise est trop légère ;
- la punissabilité de l'entreprise n'est pas engagée en cas d'infractions qui pourraient être constitutives de violations des droits humains ;
- en droit de l'environnement, les associations agréées n'ont pas la qualité pour agir en dommages-intérêts en cas de dommage causé à l'environnement ;
- la limitation du champ de protection du droit de la responsabilité civile aux intérêts de nature économique restreint les possibilités d'agir en cas de dommage causé à l'environnement ;
- le droit suisse de procédure civile ne prévoit pas la possibilité de déposer une action collective. Il se montre restrictif quant à l'apport d'une preuve détenue par la partie qui ne supporte pas le fardeau de la preuve ;
- en procédure pénale, les normes réprimant la corruption et le blanchiment sont difficiles à mettre en œuvre en raison de l'absence de particuliers lésés.

2. Propositions de modifications légales

Ces situations conduisent à formuler dix propositions de modifications légales :

1. Modification de l'art. 21 LDIP :

1 Une société est domiciliée là où est situé son siège statutaire, son administration centrale ou son principal établissement.

2 Un trust est domicilié au lieu de son administration désigné dans les termes du trust par écrit ou sous une autre forme qui permet d'en établir la preuve par un texte. A défaut de désignation, le domicile se trouve au lieu où le trust est administré en fait.

3 La succursale d'une société ou d'un trust est domiciliée au même lieu que la société ou le trust, ou dans l'Etat dans lequel elle se situe.

2. Nouvelle formulation de l'art. 10 al. 1 lettre b CPC :

1 Sauf disposition contraire de la présente loi, le for est :

b. pour les actions dirigées contre les personnes morales, les établissements et les corporations de droit public ainsi que les sociétés en nom collectif ou en commandite celui de leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement ;

3. Ajout d'un 3^e alinéa à l'art. 129 LDIP :

3 Les tribunaux suisses du domicile de la société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle, sous une direction unique, une ou plusieurs sociétés (groupe de sociétés), sont compétents pour connaître des actions fondées sur les actes illicites commis par toute société du groupe.

4. Ajout d'une lettre j. à l'art. 155 LDIP :

j. sa responsabilité solidaire pour les actes illicites et les engagements contractuels des entités dominées.

5. Ajout d'un 3^e alinéa à l'art. 717 CO :

3 Les membres du conseil d'administration prennent les mesures nécessaires à ce que la société et les entités placées sous leur direction en raison de la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, ainsi que les sous-traitants et fournisseurs, respectent les droits fondamentaux et l'environnement des personnes touchées par leurs actes, qu'il s'agisse de cocontractants ou de tiers.

6. Introduction d'un nouvel art. 722a CO :

1 La société qui, par la détention de la majorité des voix ou d'une autre manière, réunit avec elle sous une direction unique une ou plusieurs sociétés (sociétés dominées), répond solidairement des actes illicites et des engagements contractuels de chaque société dominée.

2 La société répond en outre solidairement des actes illicites et des engagements contractuels des sous-traitants et des fournisseurs d'elle-même ou des sociétés dominées, dans l'exécution de leurs prestations.

7. Ajout d'un 3^e alinéa à l'art. 102 CP, les actuels 3 et 4 devenant 4 et 5 :

3 En cas d'infraction prévue aux art. 111, 112, 122, 123, 125, 127, 144, 234, 264, 264a et 264b à 264k, l'entreprise est punie indépendamment de la punissabilité des personnes physiques s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction.

8. Modification du 1^{er} alinéa à l'art. 102 CP :

1 Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinquante millions de francs au plus.

9. Ajout d'un art. 59e au titre 4 de la LPE :

1 L'organisation de protection de l'environnement ayant qualité pour recourir au sens de l'art. 55 a en outre qualité pour agir en responsabilité civile au sens de l'art. 59a, et cela même si l'atteinte à l'environnement s'est produite à l'étranger, dans la mesure où les tribunaux suisses sont compétents pour en connaître.

2 Lorsque le dommage a été causé au préjudice d'un lésé déterminé ou d'une collectivité, l'organisation de protection de l'environnement ne peut agir qu'en paiement de dommages-intérêts à ceux-ci et pour autant qu'ils n'agissent pas eux-mêmes.

3 Le dommage alloué par le juge correspond aux frais des mesures nécessaires et adéquates prises pour remettre en état les composantes de l'environnement détruites ou détériorées, ou pour les remplacer par un équivalent.

10. Introduction d'un nouvel article 89a dans le CPC (Action en paiement des organisations) :

1 Les associations et les autres organisations d'importance nationale ou régionale qui sont habilitées aux termes de leurs statuts à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour réclamer le paiement d'une somme d'argent ou d'un montant non chiffré en faveur de personnes intéressées de ce groupe.

2 La demande doit contenir la désignation de toutes les personnes intéressées ainsi que, pour chacune d'elle, une déclaration écrite d'acceptation de la demande.

3 Si l'action en paiement est chiffrée, la condamnation intervient directement en faveur des personnes intéressées désignées dans la demande.

4 Si l'action en paiement n'est pas chiffrée, le juge rend une décision partielle sur le principe de la réclamation. Les personnes intéressées désignées dans la demande disposent d'un délai de six mois dès l'entrée en force de la décision partielle pour réclamer le paiement d'une somme d'argent chiffrée dans le cadre de la même procédure. L'action non chiffrée de l'organisation interrompt la prescription au sens de l'art. 135 CO à l'égard de toutes les personnes intéressées désignées dans la demande.

11. Nouvelle teneur pour les art. 162 à 164 CPC :

Art. 162 - Collaboration à l'apport de la preuve

Le juge peut ordonner à la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige de la produire, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas.

Art. 163 - Droit de refus

Une partie peut refuser de collaborer :

c) lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de ses proches au sens de l'art. 165 à une poursuite pénale ;

d) lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 du code pénal (CP) ; les réviseurs sont exceptés ; l'art. 166, al. 1, let. b, in fine, est applicable par analogie.

Art. 164 - Refus injustifié de collaborer

Si une partie refuse de collaborer sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse est tenu pour prouvé.

12. Ajout d'une lettre d. à l'art. 104 al. 1 CPP et introduction d'un nouvel article 121bis CPP dans la Section 3bis, Associations :

Art. 104 al. 1 CPP

d) les associations, dans les limites prévues à l'article 121 bis.

Art. 121bis

1 Les associations d'importance nationale, sans but lucratif, dont les statuts prévoient la défense des intérêts protégés par les dispositions qui suivent, peuvent exercer les droits réservés au lésé dans la poursuite de ces infractions :

- a. Discrimination raciale (article 261bis CP)*
- b. Génocide et crimes contre l'humanité (articles 264 et 264a CP)*
- c. Crimes de guerre (articles 264c à 264j CP)*
- d. Gestion déloyale des intérêts publics (article 314 CP)*
- e. Corruption (articles 322ter à 322septies CP)*
- f. Blanchiment d'argent (article 305bis CP) dans la mesure où les valeurs patrimoniales en cause proviennent d'un crime visé sous lettres b. à e.*
- g. Contamination d'eau potable (art. 234 CP)*
- h. Dommages à la propriété dans la mesure où le dommage causé est considérable (art. 144 al. 3 CP)*

2 Les associations ne disposent des droits de partie que si elles ont été valablement constituées trois ans au moins avant les faits justifiant la poursuite.

3 Lorsque l'infraction en cause a été commise au préjudice d'un lésé déterminé et que ce dernier s'est valablement constitué partie plaignante, l'association n'est recevable à agir qu'avec l'accord de ce lésé.

* * *