



2 mai 2014

Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits de l'homme et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger

Rapport rédigé en exécution du postulat 12.3980

Commission des affaires extérieures du Conseil national, 30 octobre 2012

1 Situation de départ

1.1 Mandat

Le 30 octobre 2012, la Commission des affaires extérieures du Conseil national a déposé le postulat 12.3980 «Rapport de droit comparé. Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger», contenant le texte suivant:

«Le Conseil fédéral est chargé de mandater l'Institut suisse de droit comparé de présenter un rapport de droit comparé sur les solutions existant dans d'autres pays relatives à l'obligation des conseils d'administration de mettre en place des mécanismes de diligence raisonnable (selon la définition donnée par John Ruggie) en matière de droits humains et d'environnement pour toutes les activités de l'entreprise à l'étranger, ainsi qu'à rendre compte publiquement des mesures prises à cette fin («reporting»). Sur la base de cette étude de droit comparé, le Conseil fédéral indiquera quelles sont les solutions appropriées que la Suisse pourrait mettre en place, en coordination avec d'autres pays ou communautés d'Etats.»

Le 30 janvier 2013, le Conseil fédéral a proposé à l'Assemblée fédérale d'adopter le postulat, ce qu'a fait le Conseil national le 13 mars 2013. Le présent rapport vaut exécution du postulat par le Conseil fédéral ; il contient dans son annexe 1 une expertise de droit comparé mandatée par ce dernier et réalisée par l'Institut suisse de droit comparé (ISDC). Il fait suite à la recommandation n° 12 du rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, dans laquelle le Conseil fédéral exprimait son intention d'examiner si la Suisse devait adapter sa législation.

1.2 Situation dans le secteur des matières premières

Le 27 mars 2013, le Conseil fédéral a adopté le rapport de base sur les matières premières réalisé par le Département fédéral des affaires étrangères, le Département fédéral des finan-

ces et le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche¹. Selon ce rapport, la Suisse est l'une des principales places de négoce de matières premières et abrite plusieurs entreprises d'envergure actives dans l'extraction².

Partout dans le monde, le secteur des matières premières suscite un intérêt croissant, du fait de son importance économique. Les études qui lui sont consacrées se multiplient en Suisse, tandis que les ONG, les responsables politiques et les médias s'interrogent sur les défis et les risques que pose, aux plans économique et politique, la forte concentration d'entreprises actives dans ce secteur en Suisse.

Le secteur des matières premières est régulièrement associé à des pratiques comme la corruption, l'affaiblissement de l'Etat de droit, l'évasion et l'escamotage fiscaux, la violation des droits de l'homme, les atteintes à l'environnement et le financement de conflits, autant de maux qui mettent au défi les Etats exportateurs³. Ceux-ci ont besoin d'une transparence accrue pour pouvoir en venir à bout. D'après discussions ont lieu par ailleurs sur la comptabilisation et la fiscalisation des bénéfices des multinationales dans les pays où elles ont leur siège.

Le secteur des matières premières est directement concerné par la protection de l'environnement et le respect des droits de l'homme évoqués dans le postulat 12.3980. Les entreprises actives dans les matières premières qui ont leur siège en Suisse ont une responsabilité particulière dans ce domaine notamment en ce qui concerne le respect des droits de l'homme et des normes environnementales.

1.3 Implications pour la Suisse

Selon l'art. 54 de la Constitution, la Confédération contribue notamment à soulager les populations dans le besoin et à lutter contre la pauvreté ainsi qu'à promouvoir le respect des droits de l'homme, la démocratie, la coexistence pacifique des peuples et la préservation des ressources naturelles.

En tant que siège de nombreuses entreprises internationales, la Suisse assume une grande responsabilité en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, en particulier vis-à-vis des pays qui ne respectent pas suffisamment les principes de l'Etat de droit. Cette responsabilité est engagée en cas de violation des droits de l'homme ou de pollutions commises dans ces pays par des entreprises suisses, violations qui peuvent entacher l'image de notre pays. La protection de l'environnement et le respect des droits de l'homme évoqués dans le postulat 12.3980 revêtent une très grande importance pour l'industrie des matières premières, en particulier dans le secteur de l'extraction. La Suisse se doit donc, en tant que pays occupant une position dominante dans le négoce des matières premières, de relever le défi que représente le respect des droits de l'homme et des normes environnementales et sociales. Le Conseil fédéral y a répondu entre autres en incluant dans son plan d'action Economie verte, à la mesure 18, les objectifs d'un renforcement de la responsabilité écologique du secteur des matières premières et d'un engagement international accru de la Suisse dans ce domaine⁴.

¹ Le rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013 peut être consulté à l'adresse <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30134.pdf>.

Voir aussi le Rapport concernant l'état d'avancement de la mise en œuvre des recommandations (<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/34215.pdf>).

² Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 6 ss.

³ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, pp. 6 et 19 s.

⁴ Rapport du 8 mars 2014 «Economie verte: Compte rendu et plan d'action». <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/29914.pdf>.

La présence en Suisse d'entreprises de sécurité privée qui ont été ou qui sont actives dans des conflits ou des crises à l'étranger engage la responsabilité de la Suisse et met en jeu sa réputation. Cette situation a amené le législateur à élaborer la loi fédérale du 27 septembre 2013 sur les prestations de sécurité privées fournies à l'étranger (LPSP ; FF 2013, 6577). Cette loi doit contribuer à garantir le respect du droit international, en particulier des droits de l'homme et du droit international humanitaire (art. 1, let. d). Elle interdit aux entreprises de sécurité établies en Suisse de participer à des conflits à l'étranger et d'exercer des activités qui favorisent une violation grave des droits de l'homme. Par ailleurs, la LPSP exige des entreprises de sécurité privées qu'elles adhèrent au code de conduite du 9 novembre 2010⁵. Par leur adhésion à ce code, les entreprises s'engagent à respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans le cadre de leur activité. Ce code de conduite, le premier du genre, a été rédigé à l'initiative de la Suisse et de plusieurs associations actives dans le domaine de la sécurité privée. Soutenu par des organisations humanitaires et par la société civile, il pose le principe de la «diligence raisonnable», à appliquer par tout prestataire de services de sécurité privés (art. 21 du Code). Ce terme de diligence raisonnable est également mentionné explicitement en lien avec la sélection du personnel (art. 45) et la sélection des sous-traitants (art. 50). La réglementation qu'il contient montre la voie à suivre dans d'autres domaines qui ont aussi un impact notable sur les droits de l'homme et la protection de l'environnement.

2 Mesures prises par d'autres pays ou par la communauté internationale

2.1 Normes applicables à la responsabilité sociale des entreprises

Dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises (Corporate Social Responsibility), les Etats, les organisations internationales, les ONG et les entreprises ont développé, avec le concours appuyé de la Suisse, divers instruments dans les domaines de la diligence et/ou de la publication d'informations en matière de droits de l'homme et de protection de l'environnement. Les mesures prévues combinent en partie des obligations assumées volontairement par les entreprises et des règles imposées par l'Etat. Voici les principales démarches qui bénéficient du soutien de la Suisse ou qui émanent d'organisations dont elle est membre:

- **Pacte mondial de l'ONU de 2000**

Créé à l'initiative de l'ONU, le pacte met en réseau, grâce à une plateforme d'échanges volontaires, les entreprises et organisations en les incitant à adopter des mécanismes de diligence favorisant le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises⁶. Le pacte mondial appartient à la première vague d'initiatives pluripartites.

- **Principes directeurs de l'ONU de 2011 sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises**

Ces principes directeurs fixent pour la première fois un cadre de référence reconnu internationalement sur la manière d'obliger les entreprises industrielles à respecter les droits de l'homme dans l'Etat où elles sont actives et de garantir que les victimes de violations soient effectivement indemnisées. Les principes directeurs de l'ONU

⁵ <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/21140.pdf>.

⁶ Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 12 s., et Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, pp. 40 s.

sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales et autres entreprises prévoient une combinaison de mesures coercitives et de mesures incitatives⁷. La Suisse a soutenu l'élaboration des principes directeurs et a prévu de mettre au point d'ici à décembre 2014 une stratégie pour les appliquer, en exécution du postulat Von Graffenried 12.3503.

- **Principes directeurs de l'OCDE de 2011 à l'intention des entreprises multinationales⁸**

Les principes directeurs de l'OCDE contiennent des recommandations des gouvernements à l'intention des entreprises. Lors de leur mise à jour en 2011, ces principes ont été complétés de plusieurs éléments tirés des principes directeurs de l'ONU sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés transnationales. Dans leur nouvelle version, les principes directeurs incitent les entreprises, dans le cadre des droits de l'homme internationalement reconnus, des engagements internationaux envers les droits de l'homme souscrits par les pays où elles exercent leur activité, ainsi que des lois et règlements nationaux pertinents, à exercer une diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, en fonction de leur taille, de la nature et du contexte de leurs activités et de la gravité des risques d'incidences négatives sur ces droits⁹.

Les gouvernements, qui se sont engagés à promouvoir leur application, s'appuient pour ce faire sur les points de contact nationaux (PCN) mis sur pied sur décision du Conseil de l'OCDE. Le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) gère le point de contact suisse¹⁰.

- **Déclaration de principes tripartite de 2006 sur les entreprises multinationales et la politique sociale (Organisation internationale du travail – OIT)¹¹**

La déclaration en question, adoptée en 1977 par le conseil d'administration de l'OIT, a été régulièrement mise à jour par la suite, la dernière fois en 2006. Les principes qu'elle contient livrent des règles de conduite à l'intention des entreprises multinationales, des gouvernements et des organisations de salariés et d'employeurs. Ces règles concernent cinq domaines: la politique générale, l'emploi, la formation, les conditions de travail et de vie et les relations professionnelles (partenariat social). Le Programme des entreprises multinationales de l'OIT a créé un helpdesk auprès duquel les entreprises et les salariés peuvent obtenir des informations sur la mise en œuvre concrète de la déclaration et sur les thèmes qui y sont abordés.

- **Normes ISO¹²**

Les normes ISO sont publiées par l'Organisation internationale de normalisation. La normalisation désigne la formulation et la publication de spécifications, de directives ou de caractéristiques par les groupes d'experts d'une organisation reconnue. Les normes ISO sont élaborées dans une démarche consensuelle, par des comités

⁷ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 38, et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 12 s.

⁸ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 42, et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 16 s.

⁹ Voir le chap. IC des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, version 2011

¹⁰ Ordonnance sur l'organisation du Point de contact national pour les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et sur sa commission consultative (OPCN-OCDE; RS 946.15). Le Conseil fédéral a réorganisé le point de contact et revu ses processus avec effet au 1^{er} mai 2013.

¹¹ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 41, et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 12.

¹² Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 41 et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 16.

techniques reconnus. Dans les domaines des droits de l'homme et de la protection de l'environnement, on peut citer notamment la norme ISO 26000:2010¹³ sur la responsabilité sociétale et la norme 14000¹⁴ dans le domaine du management environnemental, de la saisie des gaz à effet de serre, du reporting et du design écologique.

- **Directives de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) de 2008 relatives aux indicateurs de la gestion responsable des entreprises dans les rapports annuels**¹⁵

Ces directives encouragent l'application de méthodes éprouvées et harmonisées de reporting. Elles visent à promouvoir le développement économique et social dans les pays en développement notamment.

- **Global Reporting Initiative (GRI)**¹⁶

La Global Reporting Initiative a élaboré des directives applicables en matière de développement durable, utilisables par les grandes entreprises, les PME et les ONG.

2.2 Mesures spécifiques dans le secteur des matières premières

Dans le secteur des matières premières, les initiatives et réglementations les plus marquantes sont les suivantes:

- **Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque**¹⁷

Ce guide s'adresse aux entreprises extractives présentes dans des zones de conflit. Il les aide à identifier les risques et à garantir la transparence de la chaîne d'approvisionnement.

- **Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)**¹⁸

La «Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)», fondée par des gouvernements, des entreprises et des ONG, s'adresse aux pays riches en matières premières pour les inciter à publier des rapports annuels sur les flux financiers générés par les taxes versées chaque année aux gouvernements par les entreprises extractives (encouragement de la transparence).

- **Traités environnementaux de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe (CEE-ONU)**¹⁹

La CEE-ONU a élaboré divers traités environnementaux visant à empêcher les atteintes transfrontalières à l'environnement dues à certains projets (raffinerie de pétrole, extraction minière, etc.).

- **Initiative «Better Gold»**²⁰

La Suisse a lancé l'initiative «Better Gold» en octobre 2013, dans un partenariat public-privé conclu avec la «Swiss Better Gold Association». L'initiative «Better Gold»

¹³ [http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm?=-](http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.htm?=)

¹⁴ [http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso14000.htm?=-](http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso14000.htm?=)

¹⁵ Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 15.

¹⁶ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, pp. 33 s., et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 15.

¹⁷ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 34, et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 12.

¹⁸ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 34.

¹⁹ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 39.

²⁰ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, pp. 41 s.

visé à créer un marché pour l'or extrait dans des conditions durables de mines de petite et moyenne tailles, à développer le volume d'or produit dans ces conditions, à renforcer les normes de durabilité appliquées volontairement et à regrouper les protagonistes situés tout au long de la chaîne de création de valeur. Une première démarche concrétisant cette initiative est en cours au Pérou. Il est prévu de l'étendre à d'autres pays.

- **Principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme (VPSHR)²¹**

Cette initiative, qui regroupe différents acteurs issus de la société civile, des industries extractives et des Etats parties, vise à empêcher toute violation des droits de l'homme par les forces de sécurité dans le secteur des matières premières.

- **Règlement (UE) N° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché²²**

Ce règlement est directement applicable dans tous les Etats membres de l'UE. En vertu de son art. 4, par. 2, les opérateurs font diligence lorsqu'ils mettent sur le marché du bois ou des produits dérivés. Le règlement fixe un cadre de procédures et de mesures à utiliser à cette fin.

- **Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 (relative aux états financiers)²³**

La directive révisée relative aux états financiers exige des grandes entreprises non cotées et des entreprises d'intérêt public actives dans les industries extractives ou l'exploitation des forêts primaires qu'elles déclarent les paiements égaux ou supérieurs à 100'000 Euros effectués à des organes étatiques. A son art. 19, par. 1, sous-par. 3, la directive impose entre autres à ces entreprises d'inclure dans le rapport de gestion des indicateurs clés de performance de nature non financière, comprenant des informations sur les questions d'environnement et de personnel. Les Etats membres peuvent dispenser les PME de publier de tels indicateurs²⁴.

- **Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/UE sur l'harmonisation des obligations de transparence²⁵**

La directive révisée sur la transparence exige des entreprises cotées actives dans les industries extractives ou l'exploitation des forêts primaires qu'elles déclarent les paiements égaux ou supérieurs à 100'000 Euros effectués à des organes étatiques.

2.3 Mesures prises dans d'autres pays

L'expertise de l'ISDC (cf. annexe 1) montre qu'aucun des ordres juridiques examinés ne prévoit d'obligation légale explicite applicable à toutes les entreprises et concernant une vérification préalable spécifique aux incidences des activités menées à l'étranger sur les droits de l'homme et sur l'environnement et d'en rendre publiquement compte. Cependant, il existe des mécanismes permettant au moins de promouvoir la diligence raisonnable et

²¹ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 42.

²² Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 20.

²³ En vigueur depuis le 19 juillet 2013 (art. 54 Directive 2013/34/UE).

²⁴ Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 33, et Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, p. 18.

²⁵ En vigueur depuis le 26 novembre 2013 (art. 6 Directive 2013/50/UE).

l'information. L'examen des ordres juridiques considérés fait apparaître des pratiques hétérogènes²⁶:

- a. Le Danemark et la France en particulier ont instauré une obligation légale pour les entreprises d'une certaine taille et/ou qui sont cotées en bourse d'inclure, dans leur rapport annuel, un chapitre consacré à l'impact de leurs activités sur les droits de l'homme et l'environnement. Le rapport renseigne sur l'existence ou non de stratégies, sur leur mise en œuvre et sur leurs résultats, selon le principe «appliquer ou expliquer». Les développements récents observés dans l'UE vont dans le même sens²⁷.
- b. Au Royaume-Uni, la loi oblige les dirigeants d'une société à tenir compte des effets à long terme de ses activités sur la société et l'environnement et à publier des indicateurs non financiers, notamment dans le domaine de l'environnement.
- c. Les autres ordres juridiques et réglementations internationales examinés misent sur des approches ou des mesures visant à inciter, voire à obliger les entreprises actives à l'étranger à mettre en place des mécanismes de diligence raisonnable en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement:
 - Obligation de rendre compte d'informations touchant certains pays et/ou certains secteurs d'activités, comme les industries d'extraction de minerais (montants versés aux autorités, recours à certains produits, etc.). De telles obligations existent dans l'UE (cf. ch. 2.2) et aux Etats-Unis. En ce qui concerne ce dernier pays, il convient de mentionner en particulier les deux réglementations suivantes:
 - **Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act du 21 juillet 2010²⁸**

Selon la section 1504 de ce document, les entreprises d'extraction et d'exportation actives dans le pétrole, le gaz et les minerais, cotées en bourse, doivent depuis septembre 2013 déclarer les montants égaux ou supérieurs à 100'000 dollars qu'elles versent aux gouvernements nationaux et étrangers pour avoir accès aux gisements.

La section 1502 de ce document oblige depuis janvier 2013 les producteurs et leurs sous-traitants qui sont cotés en bourse aux Etats-Unis et qui négocient des «minerais des conflits» provenant de la République démocratique du Congo ou de l'un de ses voisins à déclarer, dans un rapport destiné à l'US Security and Exchange Commission (SEC, autorité de surveillance de la bourse), la provenance des minerais et le respect des devoirs de diligence en ce qui concerne la chaîne d'approvisionnement. L'entreprise doit également rendre ce rapport accessible sur son site Internet.

Une procédure judiciaire est pendante contre les dispositions d'exécution émises par la SEC pour mettre en œuvre le Dodd Frank Act.
 - **The California Transparency in Supply Chains Act de 2010**

Dans l'Etat de Californie, les entreprises (producteurs et commerces de détail) dont les recettes brutes égalent ou dépassent 100 millions de dollars sont tenues

²⁶ Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, pp. 2, 20, 28, 30.

²⁷ Voir p. ex. http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-29_de.htm?locale=FR ou http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-124_en.htm.

²⁸ Expertise de l'ISDC du 6 septembre 2013, pp. 35 et 36, et Rapport de base sur les matières premières du 27 mars 2013, p. 38

de déclarer les mesures prises pour prévenir l'esclavage et la traite d'êtres humains dans la chaîne d'approvisionnement.

- Aux Etats-Unis, la mise en œuvre de mécanismes de diligence raisonnable est garantie par des dispositions fondées sur la responsabilité. Ce système prévoit la réduction, voire la suppression de la responsabilité des organes dirigeants qui apportent la preuve que l'entreprise applique des mécanismes de diligence raisonnable répondant à certaines normes.
- L'encouragement du reporting, par des prestations de soutien (émission d'instructions ou de recommandations p. ex.) ou par des incitations (remise de distinctions ou établissement de classements p. ex.).

On peut également mentionner ici le projet de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes²⁹.

3. Options pour une réglementation en droit suisse

3.1 Généralités

La densité des entreprises multinationales ayant leur siège en Suisse est particulièrement élevée. On peut dès lors se demander si la Suisse ne devrait pas assumer un rôle de précurseur en matière de mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme³⁰ et d'autres standards internationaux relatifs au respect des droits humains et à la protection de l'environnement. En admettant que la Suisse doit adopter une combinaison de mesures contraignantes et non-contraignantes en la matière, on reconnaîtrait une responsabilité de la Suisse de promouvoir activement la mise en œuvre des droits humains et la protection de l'environnement, ceci également lorsqu'il s'agit des activités entrepreneuriales de sociétés multinationales ayant leur siège en Suisse et qui sont incorporées selon le droit suisse.

Le droit suisse des sociétés permet aux entrepreneurs (et aux investisseurs) de limiter leur responsabilité entrepreneuriale: la fortune de la société, à l'exclusion de celle des associés, répond alors de ses dettes. Ce principe vaut également lorsqu'une personne morale constitue une filiale. Chaque filiale répond alors (en principe) seule de ses engagements, y compris pour ce qui est des dommages consécutifs à des actes illicites. Si ce système encourage l'entrepreneuriat en permettant de limiter la prise de risques économiques grâce à la création d'une personne morale, il ne doit cependant pas être utilisé à mauvais escient, par exemple afin de négliger ses obligations en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement.

En vertu des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, les entreprises devraient éviter d'avoir des incidences négatives sur les droits de l'homme par leurs propres activités; elles devraient également prévenir les incidences négatives qui sont directement liées à leurs activités, même si elles n'ont pas contribué à ces incidences (§13). Il serait toutefois illusoire d'imputer tous les actes des filiales et de leurs orga-

²⁹ Voir sous http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-124_en.htm.

³⁰ La Suisse va élaborer d'ici à décembre 2014, sous la direction du DFAE et du DEFR, une stratégie de mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU.

nes (ou encore de sous-traitants) directement à la société-mère ou à la direction du groupe; cela reviendrait en effet à faire porter la responsabilité pour le comportement de tiers par les organes dirigeants de la société-mère, alors même que sur un plan juridique ces derniers ne peuvent pas donner des instructions directes aux filiales. En d'autres termes, les organes des filiales doivent en premier lieu rendre des comptes envers la filiale et agir dans l'intérêt de cette dernière. Il serait en revanche envisageable de préciser les obligations de la société-mère en matière de gestion des risques liés au non-respect des droits humains et du droit de l'environnement. La responsabilité des organes se limiterait alors à mettre en place les politiques requises avec toute la diligence requise, à surveiller leur mise en œuvre et prendre les mesures correctrices lorsque la situation le requiert. Une réglementation de ce type ne remettrait donc pas en question les fondements du droit des sociétés, notamment en ce qui concerne la responsabilité des organes de la société-mère pour les actes des filiales.

3.2 Mesures envisageables

Sauf dans le domaine du reporting, il n'existe pas de modèle législatif éprouvé que la Suisse pourrait reprendre et qui garantirait le respect des droits humains et la protection de l'environnement, sans entraver pour autant inutilement les entreprises dans leurs activités.

Les différents leviers sur lesquels le législateur suisse pourrait agir en droit des sociétés sont les suivants:

a. Attributions du conseil d'administration

Le droit de la société anonyme répertorie les attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration (art. 716a Code des Obligations, CO; SR 220). Celles-ci couvrent notamment les tâches en relation avec la haute direction de l'entreprise (par exemple fixer l'organisation et surveiller les personnes chargées de la gestion) ainsi que l'établissement du rapport annuel.

Il serait envisageable de compléter le catalogue des attributions du conseil d'administration, par exemple en prévoyant qu'il doit adopter des mesures en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement. Le champ d'application de ces mesures pourrait s'étendre à l'ensemble des activités que la société déploie directement ou indirectement, c'est-à-dire également par biais de filiales à l'étranger.

Une attribution de ce genre contraindrait le conseil d'administration à se poser la question de l'impact de l'activité de son entreprise sur les droits humains et sur l'environnement; les mesures à prendre devraient être de nature à identifier et à limiter les risques et se concrétiseraient dans un processus itératif.

b. Obligations du conseil d'administration

Les membres du conseil d'administration doivent exercer leurs attributions avec toute la diligence requise et veiller fidèlement aux intérêts de la société (art. 717, al. 1, CO).

Il serait envisageable d'élever le respect des droits humains et la protection de l'environnement au rang d'obligation du conseil d'administration. Une réglementation de ce type conduirait à placer des intérêts de stakeholders, c'est-à-dire des autres parties prenantes, au centre des préoccupations du conseil d'administration. Veiller à l'intérêt de la société ou de l'entreprise ne serait ainsi plus le seul objectif du conseil d'administration.

Dans les faits, la mise en œuvre d'une obligation du conseil d'administration de ce type conduirait la société à mettre en place des politiques en matière de respect des droits de l'homme et de protection de l'environnement, avec un résultat qui ne serait (probablement) pas très différent de celui consécutif à la création d'une nouvelle attribution (let. a, ci-dessus) du conseil d'administration.

c. Reporting

Le législateur pourrait prévoir l'obligation pour la société de rendre compte des démarches entreprises en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement. Cette obligation de rendre compte pourrait être conçue comme la matérialisation d'une nouvelle attribution ou obligation du conseil d'administration (cf. ci-dessus). Elle pourrait également s'orienter sur la réglementation de l'art. 961c, al. 2, ch. 2, CO qui prévoit que le rapport annuel doit contenir des indications sur la réalisation d'une évaluation des risques. Cette disposition s'applique certes uniquement aux sociétés soumises à un contrôle ordinaire (art. 961 CO), elle se limite néanmoins à prévoir une obligation de rendre compte, sans qu'une attribution ou obligation spécifique du conseil d'administration ne soit statuée.

Une obligation de rendre compte ne doit pas impérativement venir compléter le contenu du rapport annuel; la création d'un rapport ad-hoc entrerait également en question. On pourrait également laisser la société choisir librement la forme dans laquelle elle entend informer. Quoi qu'il en soit, la transparence semble constituer un élément central pour une mise en œuvre efficace de toute nouvelle réglementation.

Un éventuel rapport en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement ne devrait pas uniquement avoir les actionnaires pour destinataires. Il existe certainement un intérêt public à une diffusion plus large de ces informations. On peut néanmoins se demander s'il faudrait systématiquement publier le rapport ou si la société pourrait se contenter de le mettre à la disposition des personnes qui en feraient la demande.

Eu égard au contenu du rapport, tout ou partie des points suivants pourraient entrer en question:

- description des politiques mises en place;
- description des risques identifiés et des mesures destinées à réduire ces risques;
- information sur la mise en œuvre et le suivi des politiques mises en place.

d. Contrôle

Différents mécanismes de contrôle, interne et/ou externe, sont envisageables. L'élargissement du catalogue des tâches de l'organe de révision est certainement une option; on pourrait également imaginer l'introduction d'un organe de contrôle ad hoc, interne ou externe à la société. Un contrôle interne ou externe suppose toutefois que l'action de l'entreprise ou de son conseil d'administration soit soumise à des directives aussi concrètes que possible, à instaurer le cas échéant (ces directives pourraient être des réglementations (supra)-étatiques ou non étatiques, ou se traduire par un simple renvoi vers ces réglementations). Plus ces directives seraient claires, plus le résultat du contrôle serait pertinent. Le contrôle effectué par le réviseur et l'attestation délivrée par ce dernier renforceraient en outre la crédibilité et l'impact des informations fournies en matière de droits de l'homme et d'environnement.

Les différentes mesures évoquées ci-dessus peuvent bien entendu faire l'objet de différentes combinaisons, les principales variations étant les suivantes (de la moins à la plus contraignante):

- Obligation de reporting + de contrôle externe
- Attribution du conseil d'administration + obligation de reporting
- Attribution du conseil d'administration + obligation de reporting + contrôle externe
- Attribution et obligation du conseil d'administration + obligation de reporting + contrôle externe

3.3 Mécanismes de sanction

Toute violation de l'obligation de diligence et/ou de l'obligation d'informer, ou tout manquement à l'exécution d'une tâche en matière de droits de l'homme et d'environnement dans des activités menées à l'étranger engagerait la responsabilité du conseil d'administration, pour autant que les critères visés à l'art. 754 CO soient remplis. Le droit de la responsabilité a au moins comme effet d'inciter à une certaine autodiscipline ; instaurer des normes légales fondées sur la responsabilité amènerait de manière générale les entreprises à tenir davantage compte de ces questions dans leurs processus, ce qui contribuerait à renforcer le respect des droits de l'homme et la protection de l'environnement.

Par ailleurs, différentes normes pénales sanctionnent déjà les personnes qui diffusent des informations trompeuses sur leur entreprise (cf. art. 152 Code pénal, CP; SR 311.0, faux renseignements sur des entreprises commerciales; cf. également art. 23 Loi fédérale contre la concurrence déloyale, LCD, SR 242, en relation avec l'art. 3, al. 1, let. b, LCD). Il serait également envisageable de créer une nouvelle norme pénale sanctionnant les personnes qui n'auraient pas rempli leurs devoirs en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement; les personnes qui auraient intentionnellement omis de prendre les dispositions nécessaires (attribution du conseil d'administration non assumée ou violation du devoir de diligence spécifique p. ex.) seraient appelées à rendre compte de leurs actes.

Une autre sanction plus indirecte serait le risque d'atteinte à la réputation de l'entreprise qui n'assumerait pas ou que partiellement ses obligations en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement. Si le législateur devait imposer des mesures de reporting, les associés, les investisseurs, mais aussi les organes de révision, la société civile et les organisations non gouvernementales ne manqueraient pas de suivre (plus) attentivement et de manière critique les démarches de l'entreprise. Préserver la bonne réputation de l'entreprise et indirectement l'attractivité de l'entreprise pour les investisseurs aurait un effet disciplinant pour les organes dirigeants.

3.4 Mesures complémentaires

Parallèlement aux mesures relevant du droit des sociétés, respectivement du droit pénal, évoquées plus haut, le législateur pourrait également considérer les dispositifs suivants:

a. Droit administratif et droit de la surveillance

L'octroi de certaines autorisations administratives ou agréments pourrait dépendre du respect d'exigences en matière de droits humains et d'environnement (devoir de diligence, reporting ou encore adhésion à des mécanismes ou instruments volontaires, par exemple). Ceci vaut notamment pour les domaines réglementés, soumis à la supervision d'une autorité de surveillance.

b. Marchés publics et subventions

Lors de la passation de marchés publics, l'adjudicateur pourrait fixer des conditions minimales supplémentaires en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement; la compatibilité de telles règles avec les exigences de l'OMC devrait encore être analysée en détail. Il pourrait en aller de même lorsque l'Etat attribue des subventions.

3.5 Champ d'application personnel

Le texte du postulat 12.3980 ne fait pas de distinction en fonction de la taille de l'entreprise et semble s'adresser en premier lieu à la société anonyme. On peut néanmoins se demander s'il n'y aurait pas lieu, le cas échéant, de prévoir une réglementation neutre du point de vue de la forme juridique et qui tiennent compte également des risques encourus. Que l'activité potentiellement préjudiciable aux droits humains et à l'environnement soit déployée par une entreprise revêtant la forme juridique de la société coopérative, de la société en nom collectif ou de la société anonyme paraît tout à fait secondaire eu égard aux buts poursuivis. Inversement, on peut présumer que le risque lié aux activités à l'étranger des entreprises les plus petites est, d'une manière générale, plus limité.

Une option afin de cibler les entreprises serait de prévoir un seuil (comme c'est déjà le cas en matière de révision ordinaire des comptes annuels) à partir duquel les entreprises seraient soumises aux exigences renforcées. Ce seuil pourrait même être combiné avec un opt-out pour les sociétés qui présentent des risques très limités. Inversement, les petites entreprises dont les activités présentent un risque élevé d'atteintes aux droits de l'homme ou à l'environnement pourraient devoir respecter en tout ou partie les nouvelles règles.

3.6 Risques et opportunités

Une évaluation détaillée des tenants et aboutissants de l'ensemble des mesures qui ont été évoquées ci-dessus sortirait du cadre du présent rapport. En relation avec l'introduction d'éventuelles mesures visant à renforcer l'engagement des entreprises en matière de respect des droits humains et de protection de l'environnement, quelques aspects méritent cependant d'être relevés:

- Attractivité de la place économique suisse: il s'agit de trouver les instruments les plus efficaces pour améliorer la situation en termes de droits de l'homme et d'impact sur l'environnement sur le terrain, soit des instruments qui offrent des conditions-cadres les meilleures possibles pour les entreprises, tout en créant des outils qui ont une valeur ajoutée et qui soient l'équivalent d'un sigle de qualité pour l'entreprise (notamment de par un renforcement de la confiance de l'investisseur et du public).
- L'harmonisation du droit matériel avec les ordres juridiques qui nous entourent doit rester un objectif. Le respect des droits humains et la protection de l'environnement sont des enjeux qui dépassent les frontières et qui appellent nécessairement des solutions (dans une certaine mesure) uniformes, indépendamment de l'ordre juridique dans lequel la société est incorporée.
- Efficacité des mesures: l'objectif doit rester de fournir une contribution effective en matière de mise en œuvre des droits humains et de protection de l'environnement. Il s'agit de favoriser une prise de conscience effective parmi les organes dirigeants d'entreprises multinationales en vue d'une plus forte intégration de ces aspects dans les processus des entreprises.

4. Coordination avec d'autres pays ou communautés d'Etats

Les règles du droit international privé ne permettent en principe pas aujourd'hui à la victime d'une atteinte aux droits de l'homme de poursuivre directement l'entreprise l'ayant causée. Rien n'indique que les Etats parviendront prochainement à un consensus sur un traité international qui permettrait de poursuivre les entreprises et les dirigeants d'entreprise ayant par un comportement spécifique porté atteinte à des droits de l'homme.

En Suisse comme à l'étranger, la tendance est à plus de transparence et à un renforcement de la responsabilité directe des entreprises en ce qui concerne l'impact de leurs activités sur les droits de l'homme et l'environnement. Même si rien ne laisse présager pour l'heure l'adoption d'un consensus ou d'une réglementation contraignante au niveau international, la Suisse peut continuer de développer sa législation en coopérant avec les Etats plus avancés dans ce domaine et en adhérant aux initiatives en cours.

On pourrait aussi imaginer que la Suisse s'associe à d'autres pays qui, comme elle, s'engagent en faveur d'une économie durable et respectueuse des droits de l'homme, pour lancer une initiative multilatérale afin d'accélérer la mise en œuvre de mécanismes de diligence et d'information. Notre pays pourrait par exemple inscrire ce thème à l'ordre du jour d'organisations régionales, ou envisager une coopération plus étroite avec les pays où des entreprises ayant leur siège en Suisse sont actives.

Annexe 1

Expertise de l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) du 6 septembre 2013 concernant les obligations légales relatives aux mécanismes de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement pour les activités menées par les entreprises à l'étranger et à l'information sur les mesures prises à cette fin en Allemagne, en France, au Danemark, aux Pays-Bas, en Grande-Bretagne, en Chine, au Canada, aux Etats-Unis et à Singapour.

EXPERTISE CONCERNANT

LES OBLIGATIONS LÉGALES RELATIVES AUX

MÉCANISMES DE DILIGENCE RAISONNABLE EN MATIÈRE DE DROITS DE
L'HOMME ET D'ENVIRONNEMENT POUR LES ACTIVITÉS MENÉES PAR LES
ENTREPRISES À L'ÉTRANGER

ET À L'INFORMATION SUR LES MESURES PRISES À CETTE FIN

EN ALLEMAGNE, EN FRANCE, AU DANEMARK, AUX PAYS-BAS, EN
GRANDE-BRETAGNE, EN CHINE, AU CANADA ET AUX ÉTATS-UNIS

Rapport final

Avis 12-227

Lausanne, le 6 septembre 2013

RÉSUMÉ

En réponse au postulat 12.3980 de la Commission de politique extérieure du Conseil national, la présente étude porte sur les mesures prises dans les ordres juridiques d'autres pays afin d'obliger une entreprise, ou ses organes directeurs, à vérifier au préalable les incidences des activités menées à l'étranger sur les droits de l'homme et sur l'environnement (*due diligence*, diligence raisonnable) et de publier des informations à ce sujet (*reporting*). Les notions de diligence raisonnable et d'information reposent sur les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. L'étude se concentre sur les mesures relevant du droit des sociétés et, hormis le droit européen, se réfère au droit de différents pays : Allemagne, Grande-Bretagne, France, Danemark et Pays-Bas, ainsi que Canada, Etats-Unis, Chine et Singapour (exemples d'ordres juridiques extra-européens).

Un aperçu de droit comparé montre qu'aucun des ordres juridiques examinés ne prévoit d'obligation légale explicite applicable à toutes les entreprises et concernant une vérification préalable spécifique aux incidences des activités menées à l'étranger sur les droits de l'homme et sur l'environnement et d'en rendre publiquement compte. Cependant, il existe des mécanismes permettant au moins de promouvoir la diligence raisonnable et l'information. Même si les ordres juridiques sont en partie très différents, on peut distinguer cinq approches. La première, la plus répandue, consiste à prévoir l'obligation de rendre compte des aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement pour les entreprises de grande taille ou cotées en bourse. Deuxièmement, le législateur peut, comme au Royaume-Uni, l'inscrire dans la réglementation des obligations incombant aux membres de la direction. Troisièmement, il est possible, comme aux Etats-Unis et dans l'UE, d'obliger les entreprises soit à des vérifications de diligence raisonnable, soit à la publication d'informations spécifiques à certains Etats étrangers ou secteurs (p. ex. minéraux) sur les sujets tels que les paiements à des gouvernements ou l'utilisation de certains produits. Quatrièmement, la diligence raisonnable peut passer par des règles relatives à la responsabilité, comme surtout aux Etats-Unis et au Canada, notamment lorsque cette responsabilité est annulée ou réduite si l'entreprise peut justifier des vérifications instituées en vertu de directives normalisées. Enfin, selon la plupart des ordres juridiques examinés, l'Etat peut promouvoir les vérifications de diligence raisonnable et l'information par des mesures non contraignantes telles que des instructions, lignes directrices ou aides concrètes à la vérification et par des mesures de publicité (p. ex. classements).

S'agissant de l'information, on peut distinguer une obligation générale de déclarer les risques et une obligation reposant sur le principe de la conduite responsable des entreprises. L'obligation générale de déclarer les risques est très répandue, le droit européen se référant à cet égard à des aspects non financiers pour les sociétés à partir d'une certaine taille. Par contre, l'obligation d'informer sur l'observation du principe de la conduite responsable des entreprises ou sur des aspects liés à l'environnement ou aux droits de l'homme est plus rare. Inscrite parfois dans la loi, parfois dans les codes de gouvernement d'entreprise, parfois dans les réglementations boursières, elle est généralement restreinte aux sociétés cotées en bourse ou aux entreprises d'une certaine taille. De plus, elle n'a qu'une force contraignante limitée : les entreprises peuvent aussi déclarer pourquoi elles ne rendent pas compte d'un aspect spécifique (*«comply or explain»* : «se conformer ou expliquer»). Quant au fond, rares sont les ordres juridiques où il est fait référence à l'environnement ou aux droits de l'homme. Ainsi, l'obligation d'informer est complète au Danemark et en France, où les entreprises d'une certaine taille doivent faire rapport sur les stratégies d'entreprise (leur existence ou absence) en matière d'environnement et de droits de l'homme, sur leur mise en œuvre et sur leur effet. Au niveau européen, la Commission a formulé une proposition similaire et des mesures légales sont à prévoir dans le droit britannique.

S'agissant des réglementations relatives au **devoir de diligence**, les ordres juridiques reflètent des attitudes fondamentalement différentes envers la prise en compte des intérêts autres que ceux de l'actionnaire. Notamment aux Etats-Unis, l'actionnaire semble bénéficier d'une attention particulière, alors qu'en Europe et parfois au Canada, les organes de direction doivent ou du moins peuvent prendre en considération des intérêts plus larges (*stakeholder*), mais en règle générale, cette possibilité n'est pas inscrite dans la loi. Le droit britannique, qui mentionne la prise en compte des intérêts de l'environnement et de la société (*community*), constitue à cet égard une exception. Dans les autres ordres juridiques, l'obligation de prendre en considération l'intérêt général découle, d'une part, de la doctrine et de la jurisprudence et, d'autre part, des codes de gouvernement d'entreprise, le champ d'application et la force juridique contraignante étant limités dans ce dernier cas. En outre, un éventuel devoir de diligence résulte très souvent, à des degrés différents, des prescriptions concernant le rapport d'information.

D'une manière générale, la majorité des mesures ne concerne que les **sociétés de grande taille ou cotées en bourse**, les valeurs seuils variant selon le pays. Quant aux autres entreprises (PME), la plupart des Etats se contentent de mettre à leur disposition des lignes directrices relatives aux vérifications de diligence raisonnable.

TABLE DES MATIÈRES

1. Mandat et problématique	6
2. Méthode.....	6
2.1. Conditions-cadre	6
2.2. Aperçu des ouvrages existants	7
2.3. Manière de procéder.....	9
2.3.1. Choix des ordres juridiques	9
2.3.2. Questionnaire en vue des rapports nationaux	9
 A. Vue d'ensemble des normes internationales dans le domaine de la conduite responsable des entreprises	 12
1. Aperçu	12
2. Exigences relatives à la diligence raisonnable et à l'information	13
2.1. Diligence raisonnable	13
2.2. Information	15
 B. Aperçu concernant le principe de la conduite responsable des entreprise dans l'Union européenne	 16
1. Généralités	16
2. Obligations d'informer et de rendre compte	18
3. Diligence raisonnable	20
 A. Aperçu des différents ordres juridiques.....	 22
 B. Analyse comparative	 26
1. Généralités	26
1.1. Rôle des réglementations et normes internationales.....	26
1.2. Tendances générales.....	27
1.3. Aperçu des différentes approches réglementaires	28
2. Diligence raisonnable	30
2.1. Devoirs de diligence des membres du conseil d'administration dans le droit des sociétés	30
2.2. Diligence raisonnable et gestion des risques	32
3. Obligations de rendre compte et de faire rapport.....	32
3.1. Obligations générales d'informer et de rendre compte.....	33
3.2. Obligations d'informer sectorielles en matière de droits de l'homme et d'environnement	34

Les rapports sur les pays sont annexés au texte allemand et ne sont pas traduits (Suisse, Allemagne, France, Danemark, Pays-Bas, Royaume-Uni, Canada, Etats-Unis, Singapour, Chine).

LISTE DES ABRÉVIATIONS

cf.	<i>confer</i> , comparer
DEFR	Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche
DFAE	Département fédéral des affaires étrangères
DFJP	Département fédéral de justice et police
éd.	éditeur
DFP	Département fédéral des finances
féd.	fédéral
GRI	<i>Global Reporting Initiative</i>
ISO	Organisation internationale de normalisation
OCDE	organisation de coopération et de développement économique
OFJ	Office fédéral de la justice
ONG	organisation non gouvernementale
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page
p. ex.	par exemple
RSE	Responsabilité sociétale des entreprises (<i>Corporate Social Responsibility</i>), principe de la conduite responsable des entreprises
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	et pages suivantes

I. PROBLÉMATIQUE ET MÉTHODE

1. Mandat et problématique

Dans le postulat 12.3980 (Mécanismes de diligence en matière de droits humains et d'environnement en rapport avec les activités d'entreprises suisses à l'étranger) déposé le 30 octobre 2012, la Commission de politique extérieure du Conseil national charge «le Conseil fédéral de mandater l'Institut suisse de droit comparé ISDC de présenter un rapport de droit comparé. Celui-ci doit présenter les solutions existant dans d'autres pays relatives à l'obligation des conseils d'administration de mettre en place des mécanismes de diligence raisonnable (selon la définition donnée par John Ruggie) en matière de droits humains et d'environnement pour toutes les activités de l'entreprise à l'étranger, ainsi qu'à rendre compte publiquement des mesures prises à cette fin (*reporting*). Sur la base de cette étude de droit comparé, le Conseil fédéral indiquera quelles sont les solutions appropriées que la Suisse pourrait mettre en place, en coordination avec d'autres pays ou communautés d'Etats.»

Le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat le 30 janvier 2013 et le Conseil national a suivi cette proposition après un bref débat le 13 mars 2013.

2. Méthode

La méthode d'une analyse de droit comparé dépend de l'objectif et des ressources disponibles¹. C'est pourquoi nous présentons d'abord les conditions générales (2.1). Par souci d'utilisation rationnelle des ressources disponibles, nous donnons ensuite un aperçu des ouvrages existants (2.2), avant de nous attaquer à la méthodologie (2.3).

2.1. Conditions-cadre

Le rapport de droit comparé a été établi par l'Institut suisse de droit comparé, sur mandat de la Confédération, c'est-à-dire du Département fédéral des affaires étrangères DFAE, Direction politique, Division Sécurité humaine, et du Département fédéral de justice et police DFJP, Office fédéral de la justice OFJ. Dans le cadre de l'attribution du mandat, des séances ou des conférences téléphoniques ont été tenues avec les représentants de ces départements et de l'ISDC afin de définir le cadre du rapport dans le contexte donné par le postulat.

Le **décal** de rédaction du rapport de droit comparé a été fixé à près de six mois pour garantir la proximité temporelle avec la parution du «Rapport de base : matières premières» du DFAE, du DFF et du DEFR et pour permettre de traiter les aspects liés au droit suisse en réponse au postulat conformément aux attentes du Parlement et de l'administration en matière de temps. En comparaison avec les projets de recherche scientifique sur ce sujet (voir 2.2), ce calendrier paraît très ambitieux.

Compte tenu de ce délai et de l'objectif consistant à élaborer des propositions concrètes, l'**objet de l'étude** a été pour l'essentiel limité à des questions de droit des sociétés et, dans le cadre de ce droit, aux principales formes de sociétés (en règle générale, société anonyme). Toute une série de questions n'ont pas été traitées : responsabilité, droit international privé, procédure civile internationale, rôle de l'Etat dans ses relations avec les entreprises (marchés publics, mesures de promotion des exportations), lutte contre la corruption et droit pénal en général. Il en résulte notamment les inconvénients suivants : en premier lieu, la limitation à un seul domaine du droit peut induire en erreur dans le contexte du droit comparé, car les différents ordres juridiques peuvent prévoir des instruments différents pour atteindre les mêmes objectifs et un domaine du droit peut

¹ Voir V. V. Palmer, From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology, *Global Jurist Frontier* 2004, p. 1.

remplir des fonctions différentes selon l'ordre juridique². En outre, cette limitation ne permet pas une compréhension globale des ordres juridiques examinés. Ces deux inconvénients sont cependant acceptables eu égard au but de l'expertise. Il ne s'agit en effet que d'analyser la possibilité d'application dans le droit des sociétés, en dépit de la formulation très générale des directives internationales relatives à l'économie et aux droits de l'homme ; une mise en œuvre dans d'autres domaines du droit n'est pas prise en considération. Cette dernière restriction est également acceptable au vu des objectifs de l'étude³.

Enfin, le volume du rapport de droit comparé a été limité à environ 30 pages.

2.2. Aperçu des ouvrages existants

Il existe de très nombreux ouvrages consacrés à la question de l'économie et des droits de l'homme et dans le domaine du droit des sociétés international comparé, que ce soient des publications universitaires, des publications établies sur mandat des organisations non gouvernementales, des rapports d'organisations gouvernementales ou des formes mixtes. Une analyse complète de l'ensemble de ce matériel a été impossible. Pour diverses raisons, certaines publications revêtent une importance toute particulière pour notre analyse. Au vu de la problématique, nous avons avant tout porté notre attention aux études de droit comparé.

Toute une série de rapports de droit comparé ont été établis sur mandat d'organisations internationales ou non gouvernementales lors de l'élaboration des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et en relation avec d'autres initiatives internationales. Quatre études élaborées dans le contexte international sont particulièrement intéressantes pour notre analyse, avant tout l'étude *Human Rights and Corporate Law* de John Ruggie, ancien Représentant spécial de l'ONU sur les droits de l'homme et les sociétés transnationales et autres entreprises. Cette étude s'appuie sur 39 rapports nationaux établis en règle générale par des cabinets d'avocats⁴ et porte avant tout sur des aspects de droit des sociétés, en particulier sur les mécanismes de diligence raisonnable et d'information abordés dans le présent rapport. Elle a donc servi de point de départ à ce rapport ; notamment les rapports nationaux ci-joints se réfèrent régulièrement à ceux présentés dans le cadre de l'étude *Human Rights and Corporate Law*.

Une étude pertinente du point de vue européen, mais d'une portée thématique plus large que ce rapport, présentée en octobre 2010 par l'Université d'Edimbourg (D. Augenstein) sur mandat de l'Union européenne, analyse le cadre juridique relatif aux droits de l'homme et à l'environnement en ce qui concerne les activités des entreprises menées à l'étranger⁵. L'étude présente les mécanismes européens dans les domaines des droits de l'homme et de l'environnement et leur protection par le droit commercial, les règles relatives aux investissements et d'autres réglementations similaires, de même que par le droit pénal, le droit des sociétés et

² Pour la notion (controversée) de fonctionnalité dans le droit comparé, voir Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e édition, Tübingen 1996, p. 33 ss ; pour les controverses actuelles, voir R. Michaels, *The Functional Method in Comparative Law* in M. Reimann /R. Zimmermann (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, 339 ss et J. Gordley, *The functional method* in P.G. Monateri (éd.), *Methods of Comparative Law*, Cheltenham 2012, 107 ss.

³ En général, voir Palmer, *From Leretholi to Lando*, cit., 29 ss ; cf. S. Glanert, *Method*, in Monateri (éd.), *Methods of Comparative Law*, cit., 61 ss.

⁴ Les tendances générales établies par cette étude ont été présentées le 23 mai 2011 au Conseil des droits de l'homme de l'ONU :

http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A-HRC-17-31-Add2_fr.pdf ; rapports nationaux en anglais : <http://www.business-humanrights.org/SpecialRepPortal/Home/CorporateLawTools>.

⁵ D. Augenstein, *Study on the Legal Framework on Human Rights and the Environment applicable to European Enterprises Operating Outside the European Union* :

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_en.pdf.

Résumé en français : http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/business-human-rights/101025_ec_study_final_report_fr.pdf.

le droit international privé. Seule la partie relative au droit des sociétés est pertinente pour les questions abordées dans la présente étude.

Enfin, une étude intitulée *Human Rights Due Diligence : The Role of States* est parue en décembre 2012 ; elle a été établie sur mandat de différents groupes d'intérêts de la société civile⁶, avant tout par des experts du droit international et de la thématique des entreprises et des droits de l'homme⁷. Cet ouvrage de très grande envergure analyse la responsabilité pénale et la responsabilité civile, de même que les bases relevant du droit administratif, du droit de protection des consommateurs, de la promotion des exportations et des marchés publics. Il montre que l'institution de la diligence raisonnable est connue dans différents ordres juridiques.

Alors qu'il n'existe pratiquement pas d'autres analyses comparatives sur la notion de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme, certains ouvrages portent sur l'*information (reporting)*. Divers rapports nationaux sont par exemple disponibles dans la série des *International Accounting and Reporting Issues*⁸, publiés annuellement dans le cadre de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUDCE) à Genève. Un document de travail de l'OCDE consacré à l'information sur les émissions de gaz à effet de serre est certes une étude de droit comparé à part entière, mais il n'a pas pu être discuté en détail en raison de son caractère très spécialisé⁹. Cependant, nous nous référons parfois ci-après à ce document.

Hormis ces études internationales, une littérature abondante et variée est consacrée à la responsabilité sociétale des entreprises¹⁰, de caractère parfois plutôt économique et parfois plutôt juridique.¹¹ Elle comprend une multitude de contributions, voire d'axes de discussion, portant sur des aspects macroéconomiques, microéconomiques, spécifiques à la gestion, éthiques, sociologiques ou juridiques¹². La présente analyse ne prend en considération que la discussion juridique, en mettant l'accent sur la **composante de droit comparé** traitée dans certains ouvrages concernant la responsabilité sociétale des entreprises¹³. Les publications sur les normes internationales relatives au principe de la conduite responsable des entreprises ne sont par contre prises en considération qu'en marge.

⁶ International corporate accountability roundtable (<http://accountabilityroundtable.org>), Coalition européenne pour la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (<http://www.corporatejustice.org/?lang=fr>), Réseau canadien sur la reddition de comptes des entreprises (<http://cnca-rcrce.ca/?lang=fr>).

⁷ O. De Schutter, A. Ramasastry, M. B. Taylor, R. C. Thompson, *Human Rights Due Diligence : The Role of States* : <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/hrdd/>.

⁸ Voir [http://unctad.org/en/Pages/Publications/Intl-Accounting-and-Reporting-Issues-\(Series\).aspx](http://unctad.org/en/Pages/Publications/Intl-Accounting-and-Reporting-Issues-(Series).aspx) ; des sujets pertinents pour la présente étude sont avant tout abordés dans les éditions 2008 et 2009, de même que pour une part dans l'édition 2011.

⁹ C. Kauffmann, C. Tébar Less & D. Teichmann, *Corporate Greenhouse Gas Emission Reporting : A Stocktaking of Government Schemes*, *OECD Working Papers on International Investment*, No. 2012/1, OECD Investment Division : http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-working-papers-on-international-investment_18151957.

¹⁰ A propos de cette notion, voir III., A.

¹¹ Pour une analyse de la littérature, voir R. Mares, *The Dynamics of Corporate Social Responsibilities*, Leiden/Boston 2008, p. 4 ss.

¹² Voir R. Mullerat, *The Global Responsibility of Business*, in : Mullerat (éd.), *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*, Den Haag 2005, 3 ; un exemple plus ancien d'une discussion interdisciplinaire est l'ouvrage suivant : J. Hopt/G. Teubner (éd.), *Corporate Governance and Directors' Liabilities. Legal, Economic and Sociological Analysis on Corporate Social Responsibility*, Berlin/New York 1985.

¹³ Des rapports nationaux et régionaux sur la responsabilité sociétale des entreprises sont p. ex. disponibles in R. Mullerat, cit., p. 279 ss ; M. Kerr, R. Janda, C. Pitts, *Corporate Social Responsibility. A Legal Analysis*, Merkhham (Canada) 2009, p. 566 ss.

Même si une meilleure prise en compte des principes de la RSE dans le droit des sociétés est revendiquée depuis un certain temps¹⁴, la majorité des publications précitées adopte une perspective très large, alors que le présent ouvrage met l'accent sur les instruments du droit des sociétés (voir 2.2.3.), y compris les mécanismes et mesures liés à ces instruments. Certains projets tels que *Sustainable Companies Project*¹⁵ de l'Université d'Oslo abordent précisément cet aspect, en portant une attention particulière à l'environnement. Le présent ouvrage, notamment l'analyse de droit comparé (III., B.), prend en considération les résultats de recherches déjà publiés. Il se réfère parfois à la littérature générale sur le droit comparé des sociétés, sans pour autant en tenir pleinement compte faute de temps.

2.3. Manière de procéder

Comme la plupart des projets de droit comparé¹⁶, le présent rapport s'appuie sur des rapports nationaux (voir annexe) élaborés sur la base d'un catalogue de questions ; celui-ci est en principe uniforme, mais des accents ont été mis compte tenu des spécificités nationales. Les rapports nationaux font l'objet d'une analyse comparative (III.) qui est précédée par un aperçu du contexte international (II.) en raison de la dimension internationale et européenne du sujet. Le dernier chapitre (IV.) est consacré aux conclusions de l'analyse.

Le choix des ordres juridiques (2.3.1.) et le catalogue de questions (2.3.2.), qui se fondent sur les décisions des mandants (voir 2.1.), sont présentés brièvement ci-dessous.

2.3.1. Choix des ordres juridiques

Les ordres juridiques ont été choisis sur la base de brèves analyses préalables destinées à établir où des mesures ont déjà été prises ; en outre, il a été tenu compte de considérations politiques et des ressources de l'institut. Nous avons ainsi pris en considération les plus grands voisins de la Suisse, c'est-à-dire l'Allemagne et la France, ainsi que la Grande-Bretagne et les Etats-Unis, qui ont déjà été mentionnés dans le débat portant sur la politique intérieure¹⁷ et qui jouent un rôle important dans la politique extérieure et dans la concurrence entre les places économiques. Le droit canadien nous a semblé intéressant : des approches innovantes ont pour le moins été discutées au Canada. Les ordres juridiques des Pays-Bas et du Danemark ont également été retenus, car ils sont à la fois innovants et comparables au droit suisse. Enfin, le droit chinois et celui de Singapour ont été choisis comme exemples d'ordres juridiques asiatiques.

2.3.2. Questionnaire en vue des rapports nationaux

S'inspirant de l'étude *Human Rights and Corporate Law*, le catalogue de questions vise à établir un répertoire complet de différents instruments et mesures qui ont une importance pour la diligence raisonnable ou pour l'information sur des aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement.

A. Bref aperçu et contexte

1. Existe-t-il déjà des approches pour mettre en œuvre une conduite responsable des entreprises, notamment pour appliquer les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme ?
2. Aperçu des formes juridiques

B. Droits de l'homme

¹⁴ Mares, Dynamics, cit., p. 8 et 15 ; l'auteur estime cependant que de telles réformes ont échoué.

¹⁵ Voir B. Sjaafjell, *Regulating Companies as If the World Matters... – Reflections from the Ongoing Sustainable Companies Project*, *Wake Forest Law Review* (47) 2012, 113.

¹⁶ Voir p. ex. B. M. Bussani & U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, *Columbia Journal of European Law* 12 (1997).

¹⁷ Le 13 mars 2013, U. Haller Vannini a déclaré en substance lors du débat au Conseil national que le rapport de droit comparé devrait montrer que d'autres pays, p. ex. la Grande-Bretagne ou les Etats-Unis, ne sont pas du tout réticents en la matière.

1. **Obligation de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme**
Limitation
 - a.
 - i. Bref aperçu de la répartition des obligations entre les différents organes au sein de la société
 - ii. Un organe de la société, notamment l'organe de direction ou d'administration, ou un membre d'un organe, doit-il tenir compte des risques pour la société, qu'ils soient de nature juridique ou qu'ils concernent la réputation de la société ?
 - iii. Cette obligation est-elle concrétisée par voie légale ou réglementaire ?
 - iv. Existe-t-il en particulier une obligation légale de vérifier l'impact des activités menées par la société en matière de droits de l'homme ?
 - v. Cette obligation porte-elle également (ou exclusivement) sur les activités menées à l'étranger ?
 - vi. Cette obligation comprend-elle les activités menées par les filiales ?
 - b.
 - i. Existe-t-il une obligation prévue par voie de loi ou d'ordonnance de vérifier l'impact des activités menées par l'ensemble de la société en matière de droits de l'homme ?
 - ii. Cette obligation porte-elle également (ou exclusivement) sur les activités menées à l'étranger ?
 - iii. Cette obligation comprend-elle les activités des filiales ?
 - c. Les obligations mentionnées aux points 2.a. et 2.b. ont-elles une portée générale ou sont-elles limitées à certains secteurs ou procédés (p. ex. industrie extractive ou gestion de la chaîne d'approvisionnement) ?
 - d. Si une vérification est exigée, comment est-elle précisée, restreinte ou concrétisée ? Quelle est la marge d'appréciation de la société, de la personne ou de l'organe assujetti à cette obligation ?
 - e. Quelles sont les conséquences juridiques de la violation de cette obligation ?
 - f. Existe-t-il des propositions de réforme ?
2. **Obligation d'informer sur l'impact des activités menées à l'étranger et sur les mesures prises (reporting)**
 - a.
 - i. Bref aperçu de la répartition des obligations entre les différents organes de la société
 - ii. Existe-t-il une obligation légale selon laquelle les organes de la société doivent régulièrement informer sur l'impact des activités menées par la société en matière de droits de l'homme et sur les mesures prises ?
 - iii. Cette obligation comprend-elle les activités menées par les filiales à l'étranger ?
 - b. Existe-t-il une obligation légale selon laquelle la société elle-même doit régulièrement informer sur l'impact de ses activités en matière de droits de l'homme et sur les mesures prises ?
 - c. Comment sont précisées, restreintes ou concrétisées les modalités de l'information (contenu, périodicité) ?
 - d. Qui a accès à l'information ? Est-elle vérifiée ?
 - e. Quelles sont les conséquences juridiques du défaut d'informer ?
 - f. Existe-t-il des propositions de réforme ?
3. **Mesures d'encouragement**
 - a. La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ou l'information régulière est-elle une condition constitutive de la société ?
 - b. La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme ou l'information régulière est-elle une condition de l'introduction en bourse ?
 - c. Existe-t-il des mesures étatiques incitant à la diligence raisonnable ou à l'information en ce qui concerne l'impact des activités à l'étranger en matière de droits de l'homme (aperçu général, à l'exception du droit de la responsabilité civile) ?

C. Environnement

Les questions sont structurées de la même manière qu'à la lettre B.

II. Contexte international

Diverses normes internationales ont une influence sur les réglementations nationales concernant la diligence raisonnable et l'information en matière de droits de l'homme et d'environnement. La vue d'ensemble du contexte international présentée ci-dessous a donc pour objectif de faciliter la compréhension des ordres juridiques nationaux et leur comparaison. Il s'agit de normes internationales de portée générale (1.), d'une part, et de mesures de l'Union européenne (2.), d'autre part.

Avant d'aborder le contexte international, il convient de faire une **remarque terminologique préliminaire** sur la notion de responsabilité sociétale des entreprises (RSE). Cette notion fait l'objet d'une multitude de définitions et descriptions¹⁸, souvent controversées, ce qui s'explique en partie par la diversité des disciplines qui s'y consacrent (voir II., 2.2.). Les gouvernements ou les autorités administratives formulent aussi de façons différentes la définition de la RSE¹⁹, comme par exemple le concept de RSE du SECO²⁰ en Suisse. La RSE présuppose le plus souvent la prise en compte des intérêts des milieux concernés²¹, notamment dans le domaine du développement durable et des droits de l'homme. Une discussion controversée porte sur le caractère facultatif des mesures, qui a une importance dans le contexte de la présente étude²². Celle-ci vise à établir les possibilités d'assujettir les membres de conseil administratif à certaines obligations, de sorte que la limitation à des mesures facultatives paraît inopportune. C'est pourquoi la notion de conduite responsable des entreprises ou de RSE est comprise au sens large, indépendamment du caractère contraignant. Cela correspond aux principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, qui tablent sur une combinaison non précisée d'engagements volontaires des entreprises et de mesures étatiques, ainsi que sur la définition de la responsabilité sociétale selon les normes ISO²³.

¹⁸ Voir R. Muller, cit., 4 ; pour une analyse juridique circonstanciée : M. Kerr/R. Janda/C. Pitts, Corporate Social Responsibility. A Legal Analysis, cit., p. 6 ss.

¹⁹ Voir aperçu in Kerr et al., cit., p. 7 ss.

²⁰ Le concept du SECO est disponible en allemand à l'adresse Internet <http://www.seco.admin.ch/themen/00645/04008/index.html?lang=fr>.

²¹ Concept de RSE du SECO, p. 2.

²² Voir B. Sjafell, Regulating Companies as If the World Matters – Reflections from the Ongoing Sustainable Companies Project, Wake Forest Law Review (47) 2012 113, 119 : «The business message may be said to be "Do not legislate us, and we are willing to talk about how we behave." Defining CSR through delimitation against legal obligations is deceptive and detrimental to the development of a sustainable and socially responsible business (...).» ; cf. commentaire à la p. 2 du concept du SECO, selon lequel l'engagement volontaire n'est caractéristique que des pays industrialisés.

²³ ISO 26000 :2010, 2.18 : «**responsabilité sociétale**

responsabilité d'une **organisation** (2.12) vis-à-vis des **impacts** (2.9) de ses décisions et activités sur la société et sur l'**environnement** (2.6), se traduisant par un **comportement éthique** (2.7) et transparent qui

- contribue au **développement durable** (2.23), y compris à la santé et au bien-être de la société ;
- prend en compte les attentes des **parties prenantes** (2.20) ;
- respecte les lois en vigueur tout en étant en cohérence avec les **normes internationales de comportement** (2.11) ;
- est intégré dans l'ensemble de l'organisation (2.12) et mis en œuvre dans ses relations»

A. Vue d'ensemble des normes internationales dans le domaine de la conduite responsable des entreprises

1. Aperçu

Une multitude d'initiatives et de normes internationales portent sur le principe de la conduite responsable des entreprises. Au niveau européen, les mesures de l'Union européenne jouent le rôle principal (voir B); le Conseil de l'Europe examine actuellement des initiatives et actions envisageables²⁴. A l'échelle mondiale, il existe avant tout quatre mécanismes institués par les organisations internationales :

- pacte mondial de l'ONU ;
- principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales de 2011 (1^e édition : 1976) ;
- principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, adoptés en 2011 en session plénière par le Conseil des droits de l'homme ;
- déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale de l'Organisation internationale du travail (OIT) de 2006 (1^e édition : 1977)²⁵.

En outre, de nombreuses approches concernent les sujets tels que les minorités, la corruption ou le droit du travail, notamment des initiatives lancées dans le domaine des matières premières ; nous ne pouvons aborder que certaines d'entre elles²⁶. Il faut en tout cas relever le *Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque*²⁷ adopté en 2011, qui comprend des recommandations complètes relatives à la diligence raisonnable fondée sur les risques dans le domaine des minerais.

Les instruments de l'OIT portent sur l'emploi, les conditions de travail et de vie, la formation et les relations de travail, mais ne concernent guère la diligence raisonnable ou l'obligation d'informer. Nous ne les abordons donc pas dans la présente étude.

Le **Pacte mondial de l'ONU**, plateforme initiée par l'ONU et conçue comme un réseau d'entreprises et d'autres organisations, promeut notamment l'engagement volontaire dans les domaines du développement durable et de la conduite responsable des entreprises. Elle repose sur dix principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme, au travail, à l'environnement et à la corruption. Deux de ces principes permettent de déduire une diligence raisonnable dans les activités extraterritoriales des entreprises²⁸. L'enquête sur la mise en œuvre menée chaque année est une forme d'obligation

²⁴ Décision du Conseil de l'Europe :

<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/De/Dec%282013%291160/4.1&Language=lanFrench&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864> ; cf. Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), *Projet d'étude de faisabilité sur la responsabilité sociale des entreprises dans le domaine des droits de l'homme*, 30.11.2013, CDDH(2012)R76, addendum VII, adresse Internet :

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/CDDH%282012%2917_FR.pdf.

²⁵ Cf. *Rapport de base : matières premières*, p. 40 et 41.

²⁶ Pour plus de détails, voir *Rapport de base : matières premières*, p. 41 et 42.

²⁷ Voir <http://www.oecd.org/fr/daf/inv/mne/GuideEdition2.pdf>.

²⁸ Principes 2 («[Les entreprises sont invitées] à veiller à ce que leurs propres compagnies ne se rendent pas complices de violations des droits de l'Homme.») et 7 («Les entreprises sont invitées à appliquer l'approche de précaution face aux problèmes touchant l'environnement») ; voir :

http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/dix_principes.html.

d'informer incombant aux entreprises signataires²⁹. Il s'agit donc d'une initiative facultative soutenue par les Etats et par l'ONU, les entreprises associées pouvant faire valoir publiquement leur participation.

Alors que le Pacte mondial de l'ONU s'adresse en premier lieu facultativement aux entreprises, les principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme et les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales offrent un cadre plus complet. Les deux instruments sont très similaires du fait que l'OCDE a repris quant au fond les principes directeurs de l'ONU. Ils ne contiennent pas d'obligation internationale à proprement parler, mais des recommandations non contraignantes formulées par les gouvernements à l'intention des entreprises³⁰. Toutefois, les pays adhérant à ces principes ont pris l'«engagement contraignant de les mettre en œuvre» et le Conseil de l'OCDE a décidé un éventail de mesures à cet effet, notamment la mise en place de points de contact nationaux³¹. Les principes directeurs de l'ONU, adoptés à l'unanimité par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU le 16 juin 2011 commencent par l'«obligation de protéger les droits de l'homme incombant à l'Etat», mais comprennent une partie concernant la «responsabilité incombant aux entreprises de respecter les droits de l'homme». Les deux instruments misent donc sur une interaction entre les mesures étatiques et la responsabilité des entreprises.

Les deux instruments sont très complets quant au fond. Compte tenu de l'objet de la présente étude, les aspects relatifs à la diligence raisonnable et à l'information sont approfondis ci-après. D'autres initiatives sont également prises en considération, notamment les normes de l'Organisation Internationale de Normalisation ISO, en particulier la norme 26000 :2010 relative à la responsabilité sociétale³². Quant aux normes ISO 14000 (14001 :2004, 14004 :2004 [management environnemental], 14064-1 :2006 [déclaration relative aux gaz à effet de serre], 14006 :2011 [éco-conception])³³, elles dépassent le cadre de la présente expertise.

2. Exigences relatives à la diligence raisonnable et à l'information

2.1. Diligence raisonnable

Selon les principes directeurs de l'OCDE (II. A. 10 et IV. 5) et les principes directeurs de l'ONU (principes opérationnels 17 à 20), les entreprises sont tenues³⁴ à une «diligence» ou une «diligence raisonnable en matière de droits de l'homme» (ci-après : diligence raisonnable)³⁵. Il convient à cet

²⁹ Voir http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/tools_resources/general.html et, pour les rapports annuels, http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/annual_review.html; ces liens précis ne sont disponibles qu'en anglais.

³⁰ Avant-propos, p. 3.

³¹ OCDE (2011), Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, Éditions OCDE, 2^e partie, p. 77 ss.

³² Voir http://www.iso.org/iso/fr/home/store/catalogue_tc/catalogue_detail.htm?csnumber=42546.

³³ Voir <http://www.iso.org/iso/fr/home/standards/management-standards/iso14000.htm?>

³⁴ Le terme «doit» est utilisé même si, comme nous l'avons déjà mentionné, les principes et le guide ne formulent pas d'obligations légales au sens strict, mais des recommandations.

³⁵ Les principes directeurs de l'OCDE font en outre la distinction entre la diligence raisonnable applicable à tous les aspects dont ils traitent (y compris l'environnement, voir principes VI, 3 à 5) et la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (principe IV, 5); la norme ISO 26000 (point 2.4) ne définit que la notion de

égard d'identifier et d'examiner les incidences négatives des activités menées par les entreprises (notamment à l'étranger) sur les droits de l'homme et sur l'environnement. La notion d'incidences est employée au sens large, englobant tout ce à quoi conduisent ou contribuent substantiellement les activités de l'entreprise et tout ce qui est directement lié à ses activités, produits ou services³⁶. La portée concrète de la diligence raisonnable dépend des circonstances³⁷. Le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque contient des dispositions circonstanciées, notamment un cadre en cinq étapes pour l'exercice d'un devoir de diligence et un modèle de politique.

Un aspect essentiel est que la diligence raisonnable doit être intégrée dans les processus d'entreprise, p. ex. au titre de la gestion des risques³⁸. Il ne s'agit pas seulement d'identifier les incidences négatives sur l'environnement et les droits de l'homme, mais aussi d'évaluer les mesures envisageables pour les éviter ou atténuer. Parfois, les mesures (y compris la communication et la vérification des effets) prises à la suite des vérifications sont assimilées à la diligence raisonnable, ou à l'analyse des risques, et d'autres fois, elles sont considérées comme une étape supplémentaire³⁹. Indépendamment de cette différence, la diligence raisonnable ne saurait être un simple alibi, mais devrait avoir des incidences sur l'activité des entreprises.

C'est le comportement de l'Etat vis-à-vis de la diligence raisonnable qui est pertinent pour la présente analyse. Les principes directeurs de l'OCDE ne le précisent pas : comme nous l'avons déjà mentionné, ce sont des recommandations à l'adresse des entreprises. Selon les principes directeurs de l'ONU, qui abordent les mesures publiques dans la première partie (obligation de protéger les droits de l'homme incombant à l'Etat), une réglementation étatique de la diligence raisonnable n'est opportune que pour les entreprises qui ont un lien particulier avec l'Etat (entreprises et marchés publics, promotion des exportations)⁴⁰. Il est en principe généralement exigé de l'Etat qu'il édicte et mette en oeuvre des lois enjoignant aux entreprises de considérer les droits de l'homme ou d'en susciter la considération, et soutenant leurs efforts en vue de s'y conformer (*provide effective guidance*), le respect des droits de l'homme par les entreprises **ne devant être entravé** par les conditions-cadre juridiques et politiques "restantes", notamment le droit des sociétés.⁴¹ Le cadre juridique restant se réfère peut-être aussi à la marge de manoeuvre du conseil d'administration entre les intérêts des actionnaires et l'intérêt général, cet aspect étant approfondi dans l'analyse comparative (III., B. 2.1.). Le principe d'engagement au respect des droits de l'homme est formulé de manière relativement abstraite, permettant ainsi d'y soumettre le devoir de diligence raisonnable, cela n'en découlant toutefois pas nécessairement, suivant l'interprétation. Selon le commentaire

«devoir de vigilance» (*due diligence*, traduit généralement par «diligence raisonnable») portant sur les «impacts négatifs sociaux, environnementaux et économiques.»

³⁶ «Incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales» (principe opérationnel 17 (a) de l'ONU ; cf. principes directeurs de l'OCDE II., 12 et IV., 3.).

³⁷ Principe opérationnel 17 (b) de l'ONU ; principe directeur 20 de l'OCDE in fine ; le principe opérationnel de l'ONU 18 mentionne même de «véritables consultations avec des groupes et autres acteurs concernés susceptibles d'être touchés».

³⁸ Principes directeurs de l'OCDE II., 10 ; VI., 3 (aspects environnementaux) ; ISO 26000, point 2.4. ; principes opérationnels de l'ONU 17 (notamment commentaire) et 19 (a).

³⁹ Le principe opérationnel de l'ONU 17 représente le premier cas figure et le principe directeur II., 12, IV 6 de l'OCDE et ISO 26000, 2.4, le second.

⁴⁰ Principe opérationnel 4 de l'ONU.

⁴¹ Principe opérationnel 3 (b) et (c).

officiel, les mesures de soutien en particulier devraient en revanche inclure explicitement une aide pratique pour concrétiser la diligence raisonnable.

2.2. Information

L'obligation des entreprises de rendre compte ou d'informer⁴² sur les aspects de leurs activités liés à l'environnement et aux droits de l'homme est également mentionnée dans les deux normes internationales discutées. Les Etats devraient **encourager les entreprises ou, si c'est opportun, exiger** qu'elles relatent les mesures prises contre les incidences négatives en matière de droits de l'homme.⁴³ Selon le commentaire des principes directeurs, une prescription est notamment adéquate lorsque la nature de l'activité commerciale ou le cadre d'exploitation font courir un risque important aux droits de l'homme. Les prescriptions de l'Etat en matière de publication de l'information financière devraient bien préciser que dans certains cas, les incidences sur les droits de l'homme peuvent être «importantes» ou «significatives» pour les résultats économiques de l'entreprise⁴⁴.

La partie des principes directeurs de l'ONU portant sur la diligence raisonnable comprend elle aussi un principe relatif à l'information. Il s'agit là des **modalités de l'information** (accès, fréquence) et du contenu (en fonction des incidences en matière des droits de l'homme et sous une forme permettant de vérifier l'adéquation des mesures et d'éviter des risques pour les acteurs concernés tout en respectant la confidentialité des affaires commerciales)⁴⁵. En comparaison, les principes directeurs de l'OCDE contiennent des dispositions plutôt laconiques sur l'information, applicables en premier lieu aux entreprises cotées en bourse. Le chapitre Publication d'informations exige d'une manière très générale la publication des facteurs de risque prévisibles, en reprenant les Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE⁴⁶. Par contre, la publication d'informations et de rapports sur les sujets traités par les principes directeurs, de même que les stratégies et mesures en la matière sont seulement (mais tout de même) recommandés⁴⁷. Selon le commentaire, cette retenue s'explique par l'évolution rapide des normes d'information, p. ex. pour les émissions de gaz à effet de serre.

S'agissant de l'information, il existe en outre **différentes initiatives internationales** ainsi que des normes. La Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUDCED) a ainsi publié en 2008 les lignes directrices sur des indicateurs de la responsabilité d'entreprise dans les rapports annuels⁴⁸. Parmi les organisations non gouvernementales, notamment la *Global Reporting Initiative* (GRI), disposant d'un vaste réseau, offre un cadre à l'information sur le développement durable⁴⁹. Mentionnons enfin l'*International Integrated Reporting Council*⁵⁰, qui réunit une coalition

⁴² On utilisera par la suite la notion plus générale d'information.

⁴³ Principe opérationnel 3 (d).

⁴⁴ Comme l'indique l'analyse comparative, il n'existe pas de mesures nationales précisant les relations entre la situation économique de l'entreprise et les incidences en matière des droits de l'homme.

⁴⁵ Principe opérationnel 21 de l'ONU.

⁴⁶ Principe directeur III., 2. ss.

⁴⁷ Principe directeur III., 3., a et c.

⁴⁸ Lignes directrices sur des indicateurs de la responsabilité d'entreprise dans les rapports annuels : http://unctad.org/fr/Docs/iteteb20076_fr.pdf.

⁴⁹ Voir www.globalreporting.org.

⁵⁰ Voir <http://www.theiirc.org/>.

d'instances régulatrices, investisseurs, entreprises, comptables et ONG (p. ex. GRI) œuvrant pour créer un référentiel international intégré⁵¹.

L'information sur la durabilité fait l'objet du document final de la conférence Rio+20, approuvé par l'Assemblée générale de l'ONU (*L'avenir que nous voulons*)⁵². Au ch. 47, il est recommandé aux entreprises d'étudier la possibilité d'insérer dans leurs rapports périodiques des informations sur le caractère durable de leurs activités dans les trois dimensions écologique, sociale et économique. A cet égard, les Etats doivent promouvoir le développement des meilleures pratiques ; ils s'y emploient en collaboration avec le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) et la GRI⁵³. Le projet «Cohérence» (*Consistency Project*), initiative commune de l'OCDE, de la CNUCED, de la GRI et du *Climate Disclosure Standards Board (CDSB)*, un groupement d'entreprises et d'organisations environnementales, vise également à élaborer des normes internationales en matière d'information des entreprises. L'accent est mis sur les informations concernant le climat. L'existence même du CDSB⁵⁴, qui développe des instruments et principes directeurs relatifs à la publication des informations en matière d'environnement dans le contexte du changement climatique, témoigne du besoin de clarifications dans ce domaine. En effet, il n'existe toujours pas de normes internationalement reconnues applicables à la publication de ces informations ou aux calculs nécessaires à cette fin. Dans la pratique, on utilise le plus souvent le Protocole des gaz à effet de serre du *World Business Council for Sustainable Development* et du *World Resources Institute*⁵⁵. Dans le domaine de l'environnement, les instruments internationaux accordent plus d'importance à l'information qu'à la diligence raisonnable, à moins qu'ils s'adressent directement aux entreprises. En effet, les Etats s'intéressent tout particulièrement à cette information, que ce soit dans le cadre de la Convention d'Aarhus⁵⁶, des lois nationales sur la protection de l'environnement ou des initiatives internationales (p. ex. commerce des droits d'émission).

B. Aperçu concernant le principe de la conduite responsable des entreprise dans l'Union européenne

1. Généralités

Depuis que le Conseil européen a fait appel au « sens des responsabilités sociales des entreprises »⁵⁷ en l'an 2000, l'Union européenne, et plus particulièrement la **Commission européenne**, considère que des mesures communautaires s'imposent dans le domaine de la responsabilité sociétale. S'il s'agissait initialement de compléter les mesures existantes⁵⁸, l'exigence d'une **stratégie RSE**

⁵¹ Un premier projet a été publié le 16 avril 2013 pour consultation :

<http://www.theiirc.org/consultationdraft2013/>.

⁵² Résolution 66/288 adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 27 juillet 2012.

⁵³ Voir <http://www.unep.org/resourceefficiency/Business/SustainableandResponsibleBusiness/Reporting/FriendsofParagraph47/tabid/105011/Default.aspx>.

⁵⁴ Voir <http://www.cdsb.net>.

⁵⁵ Voir <http://www.ghgprotocol.org/>.

⁵⁶ Convention du 25 juin 1998 sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁵⁷ Conseil européen (Lisbonne), 23 et 24 mars 2000, conclusions de la présidence : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm.

⁵⁸ Livre vert de la Commission, Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises, COM(2001) 366 final, ch. 18.

européenne est apparue avec le temps. Une première stratégie⁵⁹ a été adoptée en 2006, pour être remplacée en 2011, après la crise économique, par la stratégie en vigueur⁶⁰. Celle-ci fait partie du paquet «Entreprises responsables», qui propose diverses autres mesures, notamment la révision des directives comptables et de la directive Transparence (voir 2 ci-dessous)⁶¹. L'idée maîtresse de la nouvelle stratégie, fondée sur une compréhension moderne de la responsabilité des entreprises (qui notamment ne mentionne plus le caractère facultatif des mesures comme critère, cf. A. ci-dessus)⁶², repose sur une meilleure **coordination avec le cadre RSE mondial** (voir 1 ci-dessus). Le plan d'action qui fait partie de la stratégie invite ainsi les Etats membres à élaborer un plan de promotion de RSE et de mise en œuvre des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (la Commission se proposant elle aussi de publier des rapports d'avancement sur la mise en œuvre⁶³).⁶⁴ En outre, il est question de nombreuses mesures, consistant entre autres à améliorer la notoriété de la RSE (p. ex. par des plateformes RSE sectorielles multipartenaires) et les processus d'autorégulation et de corégulation ou à créer de plus fortes incitations sur le marché.

Le **Parlement européen** s'est aussi attaqué à plusieurs reprises à la responsabilité sociale des entreprises, en parallèle à la Commission. Il a adopté le 6 février 2013 une résolution sur la responsabilité sociale des entreprises, où il commente pour l'essentiel les initiatives de la Commission, affirme son soutien⁶⁵ et demande en partie des mesures plus poussées, notamment en ce qui concerne la publicité et la transparence ou les PME et leur relations avec les pays tiers⁶⁶.

Une analyse des différentes initiatives européennes montre que ce sont des mesures d'encouragement telles que des dialogues, des études et des lignes directrices non contraignantes qui ont été prioritaires à ce jour. Dans le cadre de la stratégie 2011-2014 (soutenue par le Parlement européen) et du plan d'action de la Commission «droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise» du 12 décembre 2012⁶⁷, on envisage actuellement des mesures réglementaires plus poussées, ce qui reflète la nouvelle définition de la RSE. Dans l'analyse qui suit, les mesures proposées et les mesures en place sont examinées sous l'angle de la diligence raisonnable et de

⁵⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen. Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi : faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises, COM(2006) 136, 22.3.2006.

⁶⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions. Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014.

⁶¹ COM(2011) 681 final, 25.10.2011.

⁶² Selon la nouvelle définition, la RSE est «la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société», COM(2011) 681, p. 7 ; cf. stratégie de 2006, COM(2006) 136, p. 2 : «La responsabilité sociale des entreprises (RSE) est un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes.»

⁶³ Un aperçu des mesures de mise en œuvre est disponible à l'adresse Internet http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/doc/csractionstimeline121213webversion_en.pdf.

⁶⁴ COM(2011) 681, p. 17.

⁶⁵ En référence à la nouvelle définition de la RSE.

⁶⁶ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable (2012/2098(INI)), P7_TA(2013)0049.

⁶⁷ Plan d'action : un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises, COM/2012/0740 final.

l'information. Les mesures portent avant tout sur l'information (2.) ; la diligence raisonnable est souvent une condition qui n'est pas précisée (3.).

2. Obligations d'informer et de rendre compte

L'information des sociétés de capitaux est régie au plan européen par la quatrième directive du Conseil du 25 juillet 1978 sur les comptes annuels de certaines formes de sociétés⁶⁸. Celle-ci a été modifiée à plusieurs reprises, notamment par la directive 2003/51/CE⁶⁹, et remplacée par la directive 2013/34/UE⁷⁰. Selon l'art. 19, al. 1 (ou l'art. 46, al. 1, let. a, de la directive 78/660/CEE), «le rapport de gestion contient au moins un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de la société, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels elle est confrontée». Selon l'art. 19, al. 1, sous-alinéa 3 (ou l'art. 46, al. 1, let. b de la directive abrogée 78/660/CEE), l'analyse de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de la société comprend les «**indicateurs clés de performance** de nature tant financière que, le cas échéant, **non financière** ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel». Les Etats membres peuvent exempter les PME⁷¹ de l'obligation de présenter les indicateurs non financiers (art. 19, al. 4, de la directive 2013/34/UE ou l'art. 56, al. 5, de l'ancienne directive 78/660/CEE). Il s'agit donc d'une obligation d'informer sur les risques en général et sur les aspects non financiers en particulier, même si ces derniers ne sont concernés que s'ils ont trait à l'activité spécifique de la société. En dépit de ce cadre plutôt restreint, cette prescription est citée en relation avec la responsabilité sociétale des entreprises⁷². En outre, selon l'art. 20 de la directive 2013/34/UE (ou l'art. 46^{bis} de la directive 78/660/CEE), les sociétés cotées en bourse doivent en principe inclure dans le rapport de gestion une déclaration concernant l'application d'un code de gouvernement d'entreprise (ou les dérogations).

Lors de la révision totale des directives comptables⁷³ (publication des comptes des sociétés de capitaux) et Transparence (informations sur les émetteurs de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé)⁷⁴, les entreprises de grande taille ou d'intérêt public actives dans les industries extractives ou dans l'exploitation des forêts primaires ont été obligées, au

⁶⁸ 78/660/CEE.

⁶⁹ Directive 2003/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 18 juin 2003, modifiant les directives 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE et 91/674/CEE du Conseil sur les comptes annuels et les comptes consolidés de certaines catégories de sociétés, des banques et autres établissements financiers et des entreprises d'assurance.

⁷⁰ Directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil.

⁷¹ Selon l'art. 3 de la directive 2013/34/UE, ce sont des entreprises qui ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : total du bilan : 20 000 000 EUR, chiffre d'affaires net : 40 000 000 EUR et nombre moyen de salariés : 250.

⁷² Voir p. ex. le site de la Commission européenne :

⁷³ COM(2011) 684 final : Proposition du 25 octobre 2011 de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports associés de certaines formes d'entreprises.

⁷⁴ COM(2011) 683 final : Proposition du 25 octobre 2011 de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et la directive 2007/14/CE de la Commission.

chapitre 10 de la directive 2013/34/UE⁷⁵, de publier dans un rapport à part les **paiements effectués au profit de gouvernements** à partir de 100 000 euros⁷⁶. Cette réglementation s'applique aussi aux paiements effectués par les filiales, pour autant qu'une obligation de présenter des rapports consolidés soit prévue⁷⁷ ; cette disposition est similaire à des prescriptions du droit états-unien (voir annexe H).

Dans le domaine de l'**environnement**, il existe de plus toute une série de mécanismes d'information (registre européen des rejets et des transferts de polluants [E-PRTR], système d'échange de quotas d'émission de l'UE, directive relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution), mais ceux-ci ne portent pas sur les activités menées à l'étranger⁷⁸.

L'information est également un élément clé des **mesures proposées** dans un rapport général relatif à la pratique en matière d'information concernant la durabilité⁷⁹. Relevons à cet égard deux mesures spécifiques et une mesure réglementaire d'ordre général.

Dans le plan d'action 2011-2014, la commission annonce son intention «d'examiner la possibilité d'imposer à tous les fonds d'investissement et institutions financières l'obligation d'informer [...] de toutes les normes et tous les codes auxquels ils adhèrent»⁸⁰. Cette obligation ne porte donc pas sur l'application de critères, mais sur l'information relative aux critères appliqués.

S'agissant de l'**information en matière d'environnement**, une stratégie de l'UE vise à encourager les entreprises à mesurer leur performance écologique selon une méthode se basant sur les cycles de vie (notamment à des fins d'information)⁸¹.

Enfin, il est prévu d'améliorer d'une manière générale la publication d'informations sociales et écologiques par les entreprises. Comme elle l'avait annoncé dans le plan d'action 2011-2014⁸² et dans le plan d'action du 12 décembre 2012 en ce qui concerne la promotion des stratégies visant à éliminer les risques non financiers par la voie du droit européen des sociétés⁸³, la Commission a présenté le 16 avril 2013 une proposition de directive concernant la «**publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes**»⁸⁴. Il est notamment prévu de remplacer l'art. 46, al. 1, de la directive 78/660/CEE (nouvel

⁷⁵ Art. 42, al. 1 de la directive 2013/34/UE.

⁷⁶ Voir Rapport de base : matières premières, p. 32 ss.

⁷⁷ Conformément à l'art. 22, l'obligation d'établir des états financiers consolidés (incombant à l'entreprise mère) est en principe prévu lorsque l'entreprise mère a la majorité des droits de vote des actionnaires ou associés d'une autre entreprise, a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des membres de l'organe d'administration, de gestion ou de surveillance de celle-ci et en est en même temps actionnaire ou associée ou a le droit d'exercer une influence dominante sur une autre entreprise dont elle est actionnaire ou associée, et en cas d'influence dominante de fait ou de direction unique.

⁷⁸ Voir Responsabilité sociale des entreprises, Politiques publiques nationales dans l'Union européenne, ch. 4.3.

⁷⁹ K. van Wensen et al., The State of Play in Sustainability Reporting, European Union 2011, voir <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=fr&catId=89&newsId=1013>.

⁸⁰ COM(2011) 681, p. 13, ch. 7.

⁸¹ COM(2011) 681, p. 14 ss.

⁸² Voir http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/non-financial_reporting/index_fr.htm : une proposition y est annoncée pour 2012.

⁸³ COM(2012) 0740, p. 7.

⁸⁴ COM(2013) 207 final, proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes sociétés et certains groupes.

art. 19, al. 1 de la directive 2013/34/UE). Selon la formulation proposée de l'art. 46, al. 1, let. b (nouvel art. 19, al. 1, let. b), le rapport de gestion publié par les grandes entreprises⁸⁵ doit comprendre des «informations relatives au minimum aux questions d'environnement, sociales et de personnel, de respect des droits de l'homme et de lutte contre la corruption». Il faut à cet égard soit présenter les politiques, les résultats, de même que les risques liés à ces questions et la manière de les maîtriser, soit expliquer le fait de renoncer à cette présentation. En outre, selon la proposition d'art. 46^{bis}, al. 1, let. g (nouvelle), il y a lieu de décrire la politique de diversité ou d'en expliquer l'absence. Les modifications en ce sens sont prévues pour le rapport consolidé de gestion.

Le Parlement a émis d'emblée un avis fondamentalement favorable (en référence aux normes internationales) sur la «proposition législative sur la transparence des entreprises sur le plan social et environnemental»⁸⁶; de plus, il a invité la Commission à évaluer des mesures contraignantes et non contraignantes visant à faciliter la reconnaissance et la promotion des efforts en matière de transparence et de divulgation d'informations non financières⁸⁷.

Si les propositions abondent dans le domaine de l'information, les initiatives visant à réglementer le devoir de diligence sont rares (3).

3. Diligence raisonnable

Certes, la majorité des mesures existantes ou envisagées concernent l'information se référant au droit des sociétés en général (comptes ou rapports), mais il ne saurait en être déduit que les devoirs de diligence n'ont pas d'importance. Les mesures dans le domaine de la diligence raisonnable sont avant tout sectorielles, d'autres étant souvent promues comme mesures législatives, ainsi qu'en témoignent notamment la diligence raisonnable des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché⁸⁸, l'étude réalisée sur mandat de la Commission portant sur la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement⁸⁹ dans trois secteurs (sucre, coton, téléphonie mobile), la consultation sur une éventuelle initiative concernant l'approvisionnement responsable en minerais provenant de zones de conflit⁹⁰, le guide sur les droits de l'homme élaboré par la Commission à l'attention des PME⁹¹ et l'initiative visant à élaborer des principes directeurs pour une

⁸⁵ Entreprises qui emploient plus de 500 de salariés, dont le du bilan dépasse 20 000 000 euros et le chiffre d'affaires net, 40 000 000 euros.

⁸⁶ Résolution du Parlement européen du 6 février 2013 sur la responsabilité sociale des entreprises : comportement responsable et transparent des entreprises et croissance durable (2012/2098(INI)), P7_TA(2013)0049, ch. 26 à 35.

⁸⁷ Ch. 30.

⁸⁸ Règlement (UE) n° 995/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 établissant les obligations des opérateurs qui mettent du bois et des produits dérivés sur le marché, art. 4 (2).

⁸⁹ M. van Opijnen & J. Oldenzel, Responsible Supply Chain Management, potential success factors and challenges for addressing prevailing human rights and other CSR issues in supply chains of EU-based companies, 2011, voir :

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/human-rights/index_en.htm.

⁹⁰ Voir http://trade.ec.europa.eu/consultations/index.cfm?consul_id=174 (23.10.2013).

⁹¹ Mon entreprise et les droits de l'homme. Un guide sur les droits de l'homme à l'attention des petites et moyennes entreprises

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/files/csr-sme/human-rights-sme-guide-final_fr.pdf.

conduite responsable des entreprises dans les secteurs «pétrole et gaz», «placement et recrutement» et «technologies de l'information et de la communication»⁹². La Commission semble donc partir du principe que l'obligation de publication entraîne une amélioration en matière de diligence ou/et que les mesures sectorielles sont plus efficaces dans ce domaine.

La thèse selon laquelle les obligations d'informer permettent de promouvoir la diligence préside notamment au plan d'action sur le **droit des sociétés**. La Commission y déclare que les conseils (de surveillance, c.-à-d. d'administration) «devraient prendre davantage en considération l'éventail complet des risques rencontrés par leur société»⁹³. Le fait d'élargir les obligations d'informer permettrait d'établir un profil exhaustif des risques et donc, des stratégies complètes pour les éliminer. Cependant, la réglementation ne porterait que sur les obligations d'informer.

La plus claire réglementation des devoirs de diligence relatifs à la vérification des effets concerne le **système de management environnemental (EMAS) facultatif**⁹⁴. En vertu d'un règlement révisé en 2011, les organisations peuvent se soumettre à une analyse environnementale et sont ensuite habilitées à utiliser le logo EMAS. Le système permet entre autres aux entreprises de communiquer les informations pertinentes. Il représente donc une solution intermédiaire entre l'information et la diligence raisonnable.

Deux autres mesures comprennent des amorces de solution en matière de diligence raisonnable. Le plan d'action 2011-2014 prévoit d'appliquer à un moment ultérieur les principes directeurs de l'ONU dans le domaine des **marchés publics**, afin de renforcer la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et donc, de mieux prendre en compte les préoccupations sociales et écologiques. L'appel lancé par le Parlements aux Etats membres et à la Commission pour instaurer des **codes de gouvernement d'entreprise** qui «créent un lien fort entre la performance de l'entreprise sur le plan environnemental, social et des droits de l'homme et ses résultats financiers»⁹⁵ pourrait également initier une mise au point des devoirs de diligence. En dépit de ces mesures isolées, le législateur européen semble cependant mettre l'accent sur l'information s'agissant des mesures du droit des sociétés.

⁹² Voir http://ec.europa.eu/enterprise/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=5752&tpa=0&tk=&lang=fr et, pour l'état actuel des travaux, <http://www.ihrb.org/project/eu-sector-guidance/index.html>.

⁹³ Plan d'action : un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises, COM/2012/0740 final, p. 7.

⁹⁴ Règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS), abrogeant le règlement (CE) n° 761/2001 et les décisions de la Commission 2001/681/CE et 2006/193/CE.

⁹⁵ Ch. 23 de la résolution précitée.

III. Analyse de droit comparé

L'analyse de droit comparé commence par un aperçu présentant les caractéristiques essentielles de chaque ordre juridique en relation avec la problématique examinée (A.). Ensuite, les différentes mesures font l'objet d'une analyse comparative thématique (B.).

A. Aperçu des différents ordres juridiques

Dans le domaine discuté, le **droit allemand** ne prévoit explicitement que l'obligation de présenter des indicateurs non financiers dans le rapport de gestion, requise en vertu du droit européen. Autrement, il existe avant tout des engagements volontaires des sociétés soutenus par le gouvernement, notamment les codes allemands de durabilité élaborés par le Conseil de durabilité institué par le gouvernement, de même que l'engagement volontaire dans la protection de l'environnement, placé sous la tutelle du Ministère fédéral de l'environnement, de la protection de la nature et de la sécurité nucléaire. L'accent est donc mis sur le **caractère facultatif** des mesures dans ce domaine, l'Etat jouant un rôle subsidiaire (« la RES est facultative, mais non discrétionnaire »⁹⁶). La diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement n'est pas concrétisée dans la loi, même si le code de gouvernement d'entreprise implique l'obligation incombant au conseil d'administration d'agir pour le bien de la société compte tenu de divers intérêts et non seulement dans l'intérêt à court terme des actionnaires. Relevons dans ce contexte une initiative législative déposée en 2012, selon laquelle le fait de tenir compte des droits de l'homme et de la protection de l'environnement fait partie intégrante de la diligence du chef d'entreprise, ne devant donc pas être comprise comme un manquement au devoir (envers les actionnaires). Le Bundestag a rejeté une proposition visant à renforcer la responsabilité sociétale par une obligation de présenter des rapports vérifiables sur la durabilité.

Quant au **droit français**, la loi « Grenelle II » de 2010 impose aux entreprises de grande taille et cotées en bourse des obligations d'informer assez étendues en matière de droits de l'homme et d'environnement, qui dépassent largement les dispositions européennes. Ainsi, le rapport annuel doit expliquer comment l'entreprise tient compte des incidences sociales et environnementales de son activité. La loi énumère de nombreux points qui doivent être traités dans le rapport annuel et dont l'omission doit être expliquée (« se conformer ou s'expliquer »). Ces informations doivent être vérifiées par un service indépendant agréé. Il existe d'autres mesures en plus de ces dispositions relatives à l'information instituées par « Grenelle II ». Les sociétés de gestion de portefeuilles ont depuis 2011 l'obligation d'informer sur les critères de leur politique d'investissement relatifs au respect d'objectifs sociaux et environnementaux. Dans le domaine de l'environnement, les grandes entreprises ont en outre l'obligation d'établir et de publier tous les trois ans un bilan des émissions de gaz à effet de serre. Des discussions portent actuellement sur d'autres mesures, concernant en particulier la responsabilité des sociétés mères pour les dommages environnementaux et sociaux causés par les filiales dans les pays en développement.

Le **Danemark** dispose également d'une réglementation assez étendue sur la conduite responsable des entreprises. Hormis les dispositions européennes, des dispositions légales complètes sur les obligations d'informer en constituent le principal élément : les grandes entreprises doivent ainsi

⁹⁶ Selon la Stratégie nationale pour la responsabilité sociétale des entreprises (plan d'action RSE) du gouvernement fédéral, 6 octobre 2010, p. 8 :

<http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a398-csr-aktionsplan.pdf?blob=publlicationFile> .

présenter, dans le cadre du rapport annuel, un compte rendu des politiques et stratégies appliquées en matière de conduite responsable et rédiger un rapport à part relatif à l'environnement et aux droits de l'homme. Le rapport porte sur l'existence ou l'absence («se conformer ou s'expliquer») de stratégies, sur la mise en œuvre et sur les résultats. Il n'existe pas de dispositions légales explicites relatives à la diligence raisonnable. Cependant, des aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement font partie d'une approche multi-acteurs selon laquelle il ne suffit pas de tenir compte de l'intérêt des actionnaires ; une obligation peut même être requise pour des cas particuliers dans le cadre de la gestion des risques générale. La grande variété des initiatives et mécanismes bénéficiant du soutien de l'Etat facilite les vérifications de diligence raisonnable et l'information.

Aux **Pays-Bas**, c'est le code de gouvernement d'entreprise applicable aux entreprises cotées en bourse qui exige une diligence raisonnable et une information dans le cadre du principe de la conduite responsable des entreprises. Les sociétés doivent s'y conformer ou expliquer l'inobservation. En dehors de cette réglementation et de l'information sur les indicateurs non financiers prévue pour les grandes entreprises par les dispositions européennes, les droits de l'homme et l'environnement ne sont pas mentionnés dans le droit des sociétés. Cependant, il existe aux Pays-Bas une multitude d'initiatives volontaires ou étatiques. Ces dernières offrent des aides concrètes en matière de diligence raisonnable (outils d'auto-évaluation) ou y incitent par une publicité positive (classements). Enfin, un projet de loi prévoit d'obliger les caisses de pension à fournir les informations sur les aspects de leur stratégie d'investissement liés aux droits de l'homme et à l'environnement.

Quant au **droit britannique**, il oblige expressément les directeurs d'une entreprise à prendre en considération les incidences à long terme de son activité sur la société (*community*) et sur l'environnement. Cette obligation atténue la prééminence des droits de l'actionnaire (*shareholder primacy*) dans le *common law*. Dans le domaine de l'information, des instructions complètent l'obligation de publier certains indicateurs non financiers découlant du droit européen, notamment en matière d'environnement. En outre, des projets concrets prévoient d'imposer aux sociétés cotées en bourse l'obligation d'informer sur les aspects liés aux droits de l'homme, d'une part, et sur les émissions de gaz à effet de serre, d'autre part. Par ailleurs, il existe avant tout des normes de caractère facultatif. Une initiative visant à imposer à la bourse un engagement en faveur des droits de l'homme et de la durabilité a été récemment rejetée.

Au **Canada**, la loi ne prévoit pas d'obligation de diligence raisonnable, mais l'approche multi-acteurs est confirmée par la jurisprudence (notamment en matière d'environnement) ; en outre, les codes de conduite visant à prévenir les conséquences en matière de responsabilité jouent un rôle très important. La réglementation boursière, assez étendue, prescrit l'information sur les risques relatifs au principe de la conduite responsable des entreprises en référence aux droits de l'homme et à l'environnement. Les dispositions particulièrement détaillées concernent les rapports sur l'état de l'environnement. Une législation allant plus loin (responsabilité en matière de violations des droits de l'homme à l'étranger) a été récemment rejetée, mais de nouvelles interventions sont en cours dans le domaine des compétences et de l'information sur certains paiements. Enfin, l'Etat soutient aussi au Canada l'exercice de la diligence raisonnable, par exemple au moyen du «modèle de maturité pour les droits de la personne».

Les **Etats-Unis** disposent certes de dispositions légales détaillées sur la diligence raisonnable et l'information, mais l'application est limitée à des circonstances ou conditions spécifiques. Ainsi, le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* exige l'information sur la question de savoir si des minéraux utilisés par une entreprises proviennent de la République Démocratique du Congo ou des Etats voisins, sur des questions de santé et de sécurité dans les mines et sur les

paiements à des gouvernements. Les personnes qui investissent au Myanmar doivent présenter des rapports équilibrés sur leurs stratégies et procédures internes en matière de droits de l'homme. En Californie, les entreprises doivent communiquer les dispositions prises pour éviter l'esclavage et la traite des êtres humains dans la chaîne d'approvisionnement. Toutefois, il n'existe pas d'obligation légale générale de diligence raisonnable. Les devoirs des directeurs visent principalement les actionnaires, mêmes si les réglementations boursières exigent souvent le respect de règles d'éthique ; toutefois, celles-ci ne se réfèrent guère aux droits de l'homme ou à l'environnement. Par ailleurs, le droit des Etats-Unis prévoit des incitations à une conduite responsable : les vérifications en matière de diligence raisonnable effectuées selon des normes appliquées à titre facultatif servent en premier lieu à une réduction de responsabilité, notamment en matière de droits de l'homme et d'environnement. Enfin, la notion de risques importants utilisée dans le domaine de la publication d'informations boursières peut concerner dans certains cas les risques liés aux droits de l'homme et à l'environnement.

À **Singapour**, il n'existe pas encore de dispositions légales exigeant une diligence raisonnable ou une information sur les questions d'environnement et de droits de l'homme. Toujours est-il que les membres du conseil d'administration peuvent prendre en considération ces questions si cela est dans l'intérêt général de l'entreprise; celui-ci comprend des intérêts de personnes autres que les actionnaires. Cependant, une proposition de définir en détail cet intérêt général selon le modèle du Royaume-Uni et de mentionner l'environnement a été rejetée. Seul le code de gouvernement d'entreprise concernant les entreprises cotées en bourse (principe «se conformer ou s'expliquer») prévoit que des aspects de la durabilité tels que des facteurs environnementaux et sociaux doivent être intégrés dans la stratégie. Quant à l'information, le cadre légal et les réglementations boursières sont aussi conçues de telle manière que les informations concernant l'environnement et les droits de l'homme, tout comme les autres informations, doivent être fournies en cas d'incidences financières (pertinentes pour le marché). L'information facultative est cependant prise en compte : la bourse (*Singapore Exchange*) a publié un guide relatif aux rapports sur la durabilité (*Guide to Sustainability Reporting*) et l'autorité de régulation (*Accounting and Corporate Regulatory Authority*) souligne l'importance de la responsabilité sociétale des entreprises dans un guide (non contraignant) destiné aux directeurs (*Guidebook for Directors*).

En **Chine**, une grande importance est accordée au principe de la conduite responsable des entreprises. Si le gouvernement donne en premier lieu son appui à des initiatives volontaires, la définition légale des obligations incombant aux entreprises se réfère explicitement à la morale et responsabilité sociale. En outre, le droit des sociétés prévoit l'obligation d'éviter les risques. Il n'existe cependant pas de dispositions légales relatives à la prise en compte des aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement, notamment dans les activités à l'étranger, bien que la littérature et la presse abordent souvent cette question.

Dans le **droit suisse**, aucune exigence légale explicite ne porte sur la diligence raisonnable et l'information relative aux incidences des activités menées à l'étranger sur les droits de l'homme et sur l'environnement. La doctrine constate toutefois une tendance à considérer les droits de l'homme et l'environnement comme partie intégrante du devoir de diligence général. Comme dans d'autres pays, des éléments d'un devoir de diligence en matière de droits de l'homme découlent de dispositions applicables aux entreprises cotées en bourse ou de grande taille exerçant des activités à l'étranger, notamment :

- (i) le devoir d'information incombant aux entreprises cotées sur des faits susceptibles d'influencer les cours, selon la disposition du règlement de cotation de la bourse suisse et la directive concernant la publicité événementielle (DPE) ;

- (ii) l'obligation de présenter dans le rapport annuel la réalisation d'une évaluation des risques en vertu de l'art. 961c, al. 2, ch. 2, CO⁹⁷ ; et
- (iii) l'impératif d'une conduite socialement acceptable visant à éviter les atteintes à la réputation liées au devoir de diligence. Dans la pratique, ces règles sont toutefois encore rarement appliquées en matière d'atteintes aux droits de l'homme et à l'environnement.

⁹⁷ L'information fait l'objet d'une réglementation plus précise dans la Directive *Corporate Governance* de la bourse, voir annexe, A., ch. 3.6.

B. Analyse comparative

1. Généralités

1.1. Rôle des réglementations et normes internationales

Comme nous l'avons déjà indiqué ci-dessus (II.), diverses réglementations internationales portent sur la diligence raisonnable et l'information en matière de droits de l'homme et d'environnement, en recommandant au moins aux législateurs nationaux et aux entreprises de prendre des mesures dans ce domaine. Cependant, il ne s'agit pas d'instruments classiques de droit international se traduisant par des engagements contraignants pour les Etats. La plupart des réglementations font partie d'instruments adoptées dans le cadre d'organisations internationales et sont formulées comme recommandations. En règle générale, il s'agit ainsi du «droit international non contraignant»⁹⁸.

Il n'est donc pas étonnant, du moins pour le moment, qu'aucun des ordres juridiques examinés ne mentionne l'application proprement dite des principes directeurs de l'ONU ou de l'OCDE relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. Mis à part les mesures institutionnelles telles que la création de points de contact OCDE, les réglementations nationales, en dépit du caractère international de la problématique, ne font que rarement référence directe aux normes internationales. Elles sont le produit de l'évolution nationale, très différente selon le pays, et du discours politique sur les instances régulatrices. Les réglementations en vigueur relatives à la diligence raisonnable et à l'information en matière de droits de l'homme et d'environnement datent d'avant l'adoption des instruments internationaux dans ce domaine. Les réglementations de niveau national et international connaissent donc une évolution parallèle, certains éléments passant parfois d'un niveau à l'autre.

Malgré tout, les normes internationales jouent un rôle important sur le plan national. Elles servent souvent d'argument pour l'adoption de dispositions légales. En outre, elles remplissent une fonction importante dans l'interprétation des réglementations ou normes nationales : elles sont parfois mentionnées comme référence explicite (notamment dans les codes de gouvernement d'entreprise) ou permettent de préciser des formulations plutôt générales relatives en particulier à la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme. Elles peuvent ainsi être décisives lorsque les dispositions nationales sont indéterminées et très générales.

Les réglementations de l'UE revêtent une importance particulière en comparaison avec les instruments internationaux généraux. A la différence de ces derniers, ils sont contraignants pour les Etats membres de l'UE, qui disposent de ce fait de dispositions en principe similaires sur l'obligation d'informer. Néanmoins, la mise en œuvre varie fortement selon le pays : certains ordres juridiques prévoient des obligations très poussées, alors que d'autres ne concrétisent les dispositions de l'UE qu'avec retenue. L'adoption de la modification des directives comptables proposée le 16 avril 2013 par la Commission, qui s'inspire des obligations de rendre compte plus étendues prévues au Danemark et en France, pourrait réduire cette diversité nationale.

⁹⁸ Voir p. ex. S. McLeod, *Stuck In The Middle With You? Alternative Approaches To Realising Accountability For Human Rights Violations By Business*. In D. French, M. Saul., & N.D. White, (Hrsg.), *International Law and Dispute Settlement : New Problems and Techniques*. Hart Publishing 2010.

1.2. Tendances générales

Aucun des ordres juridiques examinés ne prévoit d'obligation légale de portée générale exigeant de toutes les entreprises de procéder, au titre de diligence raisonnable, à une vérification des incidences en matière de droits de l'homme et d'environnement avant d'entreprendre des activités à l'étranger et de rendre compte des mesures prises. Il existe cependant diverses initiatives de promotion à cette fin. La comparaison des différentes réglementations nationales relatives à la diligence raisonnable et à l'information met avant tout en évidence leur grande **hétérogénéité**. Comme en Suisse, un grand nombre d'ordres juridiques ne prévoient pas de dispositions légales concernant la diligence raisonnable ou l'information dans le domaine des droits de l'homme : certains pays disposent d'amorces de solution, alors que d'autres ont développé une réglementation assez étendue. En dépit des différences entre les approches réglementaires (voir 1.3), il existe des tendances générales.

Premièrement, les mesures dans le domaine de l'environnement semblent souvent être plus développées et plus étendues que celles portant sur les droits de l'homme. Ainsi, la réglementation européenne actuelle des indicateurs non financiers mentionne les aspects environnementaux mais non les droits de l'homme. Cette tendance s'explique peut-être notamment par le fait que les aspects environnementaux et la durabilité sont discutés depuis longtemps, alors que le débat sur l'économie et les droits de l'homme ne date que de l'adoption des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. L'évolution récente permet cependant de constater l'importance croissante des aspects liés aux droits de l'homme.

Deuxièmement, la plupart des mesures ne concernent que les **entreprises à partir d'une certaine taille ou cotées en bourse**. Des seuils sont souvent fixés dans ce domaine (p. ex. dans l'UE, en France). Quant aux PME, la majorité des Etats se limite à mettre à leur disposition du matériel d'information. Cette pratique repose peut-être sur l'hypothèse selon laquelle les grandes entreprises exercent plus souvent des activités multinationales, mais aussi sur la volonté politique de promouvoir les PME et de maîtriser les grandes entreprises. Relevons aussi un besoin accru de réglementations boursières qui se fait sentir ces dernières années après la crise, sans oublier les revendications du mouvement du gouvernement d'entreprise⁹⁹. La structure d'une entreprise, notamment sa forme juridique, joue un rôle non négligeable quant aux obligations d'information et de diligence raisonnable portant sur les droits de l'homme.

Troisièmement, la majorité des mesures légales concerne le fait de **rendre compte, de présenter des rapports et de publier des informations** (voir 3. ci-dessous), peut-être parce que l'information présuppose une vérification préalable au titre de diligence raisonnable. En outre, la publication est visible de l'extérieur et vérifiable. La diligence raisonnable implique par contre un processus interne plus difficile à maîtriser par des mesures législatives ou par des contrôles étatiques. En règle générale, la diligence raisonnable est plutôt une question d'attitude, comme notamment aux Etats-Unis et au Canada.

Enfin, les mesures concernant l'information ont un statut juridique particulier. Notamment les mesures existant dans différents Etats européens ne reposent pas sur des exigences juridiques minimales, mais sur le principe «se conformer ou s'expliquer» : les entreprises concernées peuvent soit mettre en œuvre les dispositions et informer des conséquences de leurs activités sur les droits de l'homme et l'environnement (se conformer), soit expliquer pourquoi elles ne publient pas ces

⁹⁹ Voir K. Hopt, Comparative Corporate Governance. The State of the Art and International Regulation, American Journal of Comparative Law 2011, p. 1 ss et 16 ss.

informations. Il n'est donc pas nécessaire de respecter la norme de conduite donnée, mais d'en rendre compte. La technique réglementaire «se conformer ou s'expliquer» remplace donc une obligation en matière de comportement par une obligation d'information.

Elle a été élaborée durant les années nonante au Royaume-Uni dans le domaine du gouvernement d'entreprise¹⁰⁰, pour être ensuite reprise dans le même domaine par d'autres Etats¹⁰¹. Elle se fonde sur deux idées maîtresses : primo, il s'agit de parvenir à une certaine souplesse vu que les règles de gouvernement d'entreprise ne se laissent pas forcément transposer à l'ensemble des entreprises dans toute leur diversité ; secundo, il est supposé que la conformité ou le bien-fondé de la non-conformité sont vérifiés sur les marchés, qui répondent par une réaction adéquate¹⁰². L'expérience acquise dans le domaine du gouvernement d'entreprise met toutefois en évidence des difficultés, notamment en ce qui concerne l'explication en cas de non-conformité ou les sanctions insuffisantes du marché¹⁰³. En effet, les conséquences juridiques d'une information lacunaire ou erronée ne sont pas élucidées : des solutions envisageables sont une responsabilité en dommages-intérêts, une annulabilité des décisions de l'assemblée des actionnaires ou une vérification des explications par des organes compétents¹⁰⁴. Ces aspects devraient être pris en compte en cas de transposition du principe «se conformer ou s'expliquer» aux obligations d'information et de diligence raisonnable en matière d'environnement et de droits de l'homme : la question fondamentale est de savoir si le contrôle doit être confié aux investisseurs (actionnaires), au marché dans l'acceptation large du terme (clients compris), à l'Etat ou à des milieux plus larges.

1.3: Aperçu des différentes approches réglementaires

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus (1.2), toute une série de mesures ont pour objectif au moins de promouvoir la diligence raisonnable et l'information en matière de droits de l'homme et d'environnement, même s'il n'existe pas d'obligation générale en droit des sociétés. En dépit des

¹⁰⁰ Le principe a été proposé dans le document «Cadbury Report» et mis en œuvre selon ce document. Voir à ce propos pour la France : B. Fasterling & J. Duhamel, *Le Comply or Explain : La transparence conformiste en droit des sociétés*, *Revue Internationale de Droit Économique* 2009, p. 129 ss.

¹⁰¹ P. ex. Allemagne, (§ 161 de la loi sur les sociétés par actions), Autriche, Canada, plus tard France dans le cadre du droit européen (art. 46^{bis} de la directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance) ; voir I. MacNeil & X. Li, *Comply or Explain" : market discipline and non-compliance with the Combined Code*, *Corporate Governance. An International Review* 14 (2006), p. 486 ss ; pour la France, voir B. Fasterling & J-C. Duhamel, *Le Comply or Explain : La transparence conformiste en droit des sociétés*, *Revue Internationale de Droit Économique* 2009, p. 129 ss.

¹⁰² Voir MacNeil & Li, *"Comply or Explain" : market discipline and non-compliance with the Combined Code*, *Corporate Governance. An International Review* 14 (2006), p. 486 ss.

¹⁰³ MacNeil & Li, cit., p. 488 ss ; S. Arcot, V. Bruno, A. Faure Grimaud, *Corporate Governance in the UK : is the Comply-or-Explain Approach Working?*, *International Review of Law and Economics* 2010 (30), voir 193 ss ; pour une analyse comparative et critique : J. Andersson, *Evolution of Company Law, Corporate Governance Codes and the Principle of Comply or Explain : A Critical Review*, in : H.S. Birkmose, M. Neville, K. Engsig Sorensen (Hrsg.), *The European Financial Market in Transition*, Alphen 2012, p. 91 ss et 100 ss ; pour l'UE, voir *Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States* :

http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm.

¹⁰⁴ Voir Andersson, cit., p. 103 ss ; pour la discussion en Allemagne, voir W. Goette in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 3. Auflage 2013, N 87.

structures et fonctionnements différents des ordres juridiques examinés, l'analyse permet de dégager cinq approches :

L'approche la plus répandue (voir 1.2) consiste à obliger les sociétés à partir d'une certaine taille à **informer ou à rendre compte** sur des aspects liés à l'environnement et aux droits de l'homme. Cette mesure peut promouvoir l'exercice de la diligence raisonnable ou même implicitement le supposer. Le type de l'obligation de rendre compte et sa nature juridique présentent des différences considérables, présentées plus en détail ci-après (3.).

La deuxième approche consiste à mentionner la **prise en compte des droits de l'homme et de l'environnement** comme **obligation des organes administratifs**. En Grande-Bretagne, le législateur a ainsi prescrit la prise en compte des aspects environnementaux et sociétaux. Dans d'autres ordres juridiques, une idée similaire est inscrite, sous une forme souvent plus circonstanciée, dans les codes de gouvernement d'entreprise, qui ont une certaine force obligatoire pour les entreprises cotées en bourse. Les différences en matière de technique de réglementation sont en l'occurrence liées aux différentes traditions juridiques, ce que nous expliquons ci-dessous (2.).

Selon la troisième approche, le législateur prévoit des **obligations légales spécifiques** relatives à la publication d'informations définies ou aux étapes de contrôle précises. Il s'agit donc de l'information ou de la prise en compte d'éléments spécifiques dans un secteur bien délimité : aux Etats-Unis, de telles mesures sont parfois restreintes à certains Etats étrangers ou à certains domaines thématiques, ce qui correspond à la tendance des ordres juridiques états-uniens à l'intervention législative ciblée et à la prudence face aux réglementations globales, à la différence de la technique législative plutôt générale en Europe. Des réglementations légales spécifiques à un secteur sont donc exceptionnelles en Europe. Toutefois, les gouvernements européens (comme *la Suisse*) suivent l'approche sectorielle sur le plan international (voir II. A. 2.1. ci-dessus) et en relation avec les mesures d'encouragement relatives à la diligence raisonnable (voir ci-dessous, dernier paragraphe). En outre, on observe ces derniers temps dans certains Etats des mesures (France) ou des propositions de mesures (Pays-Bas) qui s'adressent à des investisseurs institutionnels. Enfin, l'UE a prévu une obligation de publier les paiements effectués au profit de gouvernements limitée aux (grandes) entreprises de l'industrie extractive et de l'exploitation des forêts primaires et il existe des lois-règlements/initiatives sectorielles, qui ne sauraient plus être considérées comme du droit des sociétés (voir II. B. ci-dessus). Comme les mesures actuelles portent principalement sur des aspects liés à l'information, elles sont présentées dans le chapitre consacré à l'information (3.3).

La quatrième approche passe par une **réglementation indirecte**, comme avant tout au Canada et aux Etats-Unis, où les vérifications liées à la diligence raisonnable font l'objet de règles relatives à la responsabilité. Leur efficacité repose notamment sur le fait que la responsabilité est annulée ou réduite si l'entreprise peut justifier des vérifications effectuées selon des directives normalisées ou des normes internationales. Selon la jurisprudence canadienne, le respect de la diligence requise repose avant tout sur l'observation de codes de pratiques nationaux (privés) ou internationaux. En l'absence de réglementation, les tribunaux tendent à soumettre le comportement concerné à un examen critique. Les règles relatives à la responsabilité dépassant le cadre de la présente expertise, nous ne les commentons pas davantage.

Enfin, comme dans la majorité des ordres juridiques examinés, l'Etat peut promouvoir la diligence raisonnable et l'information par des **mesures non contraignantes**. Il existe à cet égard deux types de mesures : des aides concrètes, telles que des instructions ou lignes directrices, et des mesures de publicité, telles que des prix, classements et labels. Les mesures du premier type sont prises au niveau international (p. ex. Guide OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, Pacte mondial de l'ONU ou

normes ISO ; voir II. ci-dessus), mais elles sont également fréquentes au niveau national. Elles peuvent consister en des règles de comportement, comme le code de durabilité allemand ou les instructions relatives à la gestion responsable de la chaîne d'approvisionnement adoptées par le Conseil danois de la conduite responsable des entreprises. Des institutions publiques de divers Etats mettent aussi à la disposition des entreprises des outils facilitant la détection des risques spécifiques et le respect des normes pertinentes. Ce sont avant tout l'Institut des droits de l'homme et l'Autorité du travail et de l'économie au Danemark, le point de contact OCDE aux Pays-Bas, la Commission des droits de l'homme au Canada et le Département du travail aux Etats-Unis qui ont élaboré de tels outils. Quant aux mesures de publicité, relevons l'enquête *Transparency Benchmark Survey*, menée chaque année sur mandat du ministère hollandais de l'économie, qui mesure la transparence et l'information sur la durabilité ; un prix est décerné sur la base de cette enquête. Au demeurant, il existe divers labels se référant en premier lieu à des produits, notamment dans le domaine de l'environnement ; des labels attribués aux entreprises sont rares. On peut citer dans ce contexte l'indice *Sustainability Nordic Index*.

2. Diligence raisonnable

2.1. Devoirs de diligence des membres du conseil d'administration dans le droit des sociétés

Le principe qui régit les devoirs de diligence des organes d'administration et des personnes exerçant une fonction dirigeante est souvent différent selon l'ordre juridique. Une différence très discutée dans la littérature de droit comparé (mais aussi dans la littérature économique) est à cet égard l'opposition entre le modèle actionnarial, reposant sur le primat de l'intérêt (souvent à court terme) des actionnaires (*shareholder*), et le modèle multi-acteurs permettant aux conseils de surveillance ou d'administration de prendre également en compte des intérêts plus larges (*stakeholder*). Le premier est traditionnellement associé aux ordres juridiques du *common law* et le second, à ceux de l'Europe continentale.¹⁰⁵ Selon le modèle multi-acteurs, les membres du conseil d'administration ont une plus grande marge d'appréciation : ils peuvent tenir compte d'éléments ne servant pas seulement ou pas forcément l'intérêt des actionnaires¹⁰⁶. La structure prédominante de l'actionnariat semble à cet égard jouer un rôle déterminant : le modèle actionnarial a été développé dans des ordres juridiques où les actions sont en règle générale réparties entre de nombreux porteurs, un contrôle effectif des organes d'administration par les actionnaires étant de ce fait difficile, alors que l'on trouve le modèle multi-acteurs plutôt lorsque un petit nombre d'actionnaires détiennent le contrôle¹⁰⁷. Développés en premier lieu en fonction du rôle et de l'influence des actionnaires vis-à-vis des organes d'administration et en vue de la protection des actionnaires minoritaires, ces modèles sont discutés actuellement sous l'angle de la prise en compte de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) et de la durabilité, c'est-à-dire notamment des droits de l'homme et de l'environnement. En effet, le

¹⁰⁵ Voir K. Hopt, *Comparative Corporate Governance : The State of the Art and International Regulation*, *American Journal of Comparative Law* 2011, p. 1 ss et 28 ss ; pour une analyse très nuancée, voir M. Gelter, *Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder – Stakeholder Debate in Comparative Light*, *European Corporate Governance Institute Law Working Paper 165/2010* et P. Krüger Andersen & E.J.B. Sørensen, *The Principle of Shareholder Primacy in Company Law from a Nordic and European Regulatory Perspective*, in : H.S. Birkmose, M. Neville, K. Engsig Sorensen (éd.), *The European Financial Market in Transition*, Alphen 2012, p. 91 ss ; cf. F. Gevurtz, *Using Comparative and Transnational Corporate Law to Teach Corporate Social Responsibility*, *McGeorge Global Business & Development Law Journal* 39 (2011), p. 39 ss et 41 ss.

¹⁰⁶ Voir Hopt, cit., p. 30 ; Gevurtz, cit., p. 43.

¹⁰⁷ M. Gelter, *Taming or Protecting the Modern Corporation? Shareholder – Stakeholder Debate in Comparative Light*, *European Corporate Governance Institute Law Working Paper 165/2010*.

modèle multi-acteurs semble permettre de mieux intégrer une obligation des organes d'administration dans ce domaine¹⁰⁸.

Les différents modèles ne sont pas définis par la loi, mais résultent plutôt de la jurisprudence et de la doctrine. Ils facilitent cependant la compréhension des dispositions légales. En effet, si l'on compare la formulation des dispositions relatives aux obligations des membres d'organes de direction, seul le droit britannique mentionne l'environnement et la société (*community*). En agissant dans l'intérêt de l'entreprise, ses dirigeants doivent notamment prendre en compte les incidences des activités de l'entreprise sur l'environnement et sur la société¹⁰⁹. Au Canada, l'obligation incombant aux membres de l'organe de direction de respecter l'intérêt général, notamment l'environnement, est mentionnée seulement (mais tout de même) par la jurisprudence. Cette situation résulte peut-être du fait que les ordres juridiques en question tendaient par le passé à proscrire la prise en compte des intérêts plus larges. Ainsi, à Singapour, on ne mentionne même maintenant que les intérêts des employés, des créanciers et des actionnaires ; certains états des Etats-Unis ont adopté des lois permettant de prendre en compte les intérêts autres que ceux des actionnaires, sans pour autant le prescrire.

En comparaison avec l'obligation faite aux organes de direction de prendre en compte les intérêts environnementaux et sociétaux inscrite dans le droit britannique, les amorces de solution sont très modestes sur le continent européen. Toujours est-il que les codes de gouvernement d'entreprise de différents Etats obligent les membres de l'organe de direction à prendre en considération la durabilité (Allemagne), des aspects de la RSE (Pays-Bas) ou encore, les intérêts de tous les acteurs concernés (NL, D, DK). Ces réglementations ne concernent toutefois que les entreprises cotées en bourse et n'ont qu'une force obligatoire limitée («se conformer ou expliquer»). En Suisse, la prise en compte des droits de l'homme et de l'environnement ou l'obligation de sauvegarder les intérêts de la collectivité sont étayées seulement (mais tout de même) par la doctrine. Le droit français ne contient aucune indication à ce sujet : l'accent est mis sur les obligations d'informer (voir 3.1 ci-dessous). Cette retenue constatée en Europe continentale s'explique peut-être par le fait que la prise en compte de l'intérêt général est acceptée dans le droit des sociétés. La situation semble similaire

¹⁰⁸ Pour une amorce d'analyse, voir Hopt, cit., p. 30 ; pour les Etats-Unis : K.V. Jackson, *Towards a Shareholder-Stakeholder Theory of Corporate Governance. A Comparative Analysis*, *Hastings Business Law Journal* 7 (2011), 309 ss ; pour une analyse plus poussée, voir le projet de recherche de B. Sjäfell (Université d'Oslo) ; cf. B. Sjäfell, *Regulating Companies as if the World Matters : Reflections from the Ongoing Sustainable Companies Project*, *Wake Forest Law Review* 47 (2012), p. 113 ss ; cf. P. Krüger Andersen & E.J.B. Sörensen, cit., notamment la théorie de l'actionnaire éclairé (*enlightened shareholders*), p. 179.

¹⁰⁹ Section 172 Duty to promote the success of the company.

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
- (b) the interests of the company's employees,
- (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
- (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
- (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
- (f) the need to act fairly as between members of the company.

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

(3) The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.

en Chine, où le droit des sociétés prescrit fondamentalement aux entreprises l'obligation d'assumer la « responsabilité sociétale ».

Il est difficile d'évaluer si l'obligation faite au conseil d'administration de prendre en compte les intérêts de l'environnement et de la société inscrite dans le *Company Act* 2006 britannique, qui frappe par son caractère unique en comparaison internationale, implique une obligation plus étendue que celle prévue dans les ordres juridiques continentaux. Le modèle continental traditionnel repose en effet sur une approche multi-acteurs et trouve son expression dans les codes de gouvernement d'entreprise (p. ex. aux Pays-Bas et au Danemark, où notamment un dialogue associant les principaux groupes d'intérêts doit être engagé). Mis à part des obstacles procéduraux (c.-à-d. le fait qu'en principe, seule l'entreprise et éventuellement les actionnaires peuvent procéder contre les organes de direction), la portée de l'obligation dépend d'une manière décisive de la question de savoir si les tribunaux sont prêts à examiner les condamnations des organes de direction. Une assez grande retenue règne traditionnellement partout dans ce domaine. En revanche, le fait de mentionner les aspects liés à l'environnement, à la société ou aux droits de l'homme représente généralement un signal fort du législateur ou du régulateur (dans le cas des codes de gouvernement d'entreprise) à l'adresse des entreprises concernées.

2.2. Diligence raisonnable et gestion des risques

La prise en compte d'aspects liés à l'environnement et aux droits de l'homme peut être prescrite dans le cadre du devoir général de diligence, mais aussi en relation avec la gestion des risques. Cette dernière solution semble le mieux correspondre au droit des sociétés et aux intérêts de la société, tout en permettant de faire le lien avec les procédures existantes. Une intégration dans la gestion des risques est donc prévue dans le cadre de différents instruments internationaux (voir I. A., 2.1.).

Par contre, les dispositions nationales de droit des sociétés ne contiennent guère de prescriptions portant directement sur l'obligation de vérifier les incidences en matière de droits de l'homme et d'environnement en relation avec la gestion des risques. Cela s'explique peut-être notamment par le fait qu'une obligation générale de gestion des risques n'est souvent pas prévue (France) ou n'est prévue qu'en principe (p. ex. Allemagne : § 91, al. 2, de la loi sur les sociétés par actions ; Danemark : § 115, ch. 2, de la loi sur les sociétés ; cf. Etats-Unis et Chine). En Suisse, une obligation de mettre en place un système de contrôle interne ne résulte qu'implicitement des prescriptions légales (voir 3.1 ci-dessous) ; seuls les instruments d'autorégulation¹¹⁰ mentionnent le système de contrôle interne et la gestion des risques. La prise en compte de certains risques est généralement précisée dans les prescriptions relatives à l'obligation de rendre compte. Nous y reviendrons donc en détail par la suite (3.1).

3. Obligations de rendre compte et de faire rapport

Comme nous l'avons déjà mentionné (1.3), les obligations d'informer (consistant à rendre compte ou à faire rapport) sur la prise en considération d'aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement sont conçues de différentes manières. Elles peuvent être de nature générale (3.1) ou ne concerner qu'un secteur particulier ou une situation spécifique (3.2).

¹¹⁰ Voir Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise (CSBP), ch. 19 : http://www.economiesuisse.ch/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf.

3.1. Obligations générales d'informer et de rendre compte

Divers ordres juridiques connaissent des obligations générales de rendre compte et de faire rapport applicables à tous les secteurs économiques, à la différence des obligations sectorielles (3.2). Par contre, le domaine d'application est le plus souvent limité aux sociétés cotées en bourse ou aux entreprises d'une certaine taille, ce qui découle de la réglementation (p. ex. droit européen) ou du statut juridique de l'entreprise (prescriptions de la bourse ou codes de gouvernement d'entreprise).

Le premier type de l'obligation de rendre compte d'aspects liés aux droits de l'homme et à l'environnement repose sur les prescriptions relatives à la présentation des comptes. Comme nous l'avons déjà mentionné (II., B. 2.), le droit européen prévoit que le rapport de gestion (analyse de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation de l'entreprise) des sociétés à partir d'une certaine taille doit présenter des **indicateurs non financiers tels que l'environnement**, pour autant que ceux-ci soient pertinents. La portée de cette obligation est toutefois plutôt restreinte, comme le montre p. ex. la mise en œuvre en Allemagne, où un lien avec les intérêts financiers ou avec la réputation d'une entreprise est requis. La réglementation est la même à Singapour, où les facteurs non financiers ne doivent être mentionnés que s'ils ont des répercussions sur le résultat financier ou sur le marché.

En Suisse, l'approche des obligations en matière d'information est similairement vague et encore moins explicite. Alors que les comptes doivent présenter la situation économique de l'entreprise (art. 958 CO), le rapport annuel de grandes entreprises doit tout de même préciser la réalisation d'une **évaluation des risques** (art. 961c, al. 2, ch. 2, CO)¹¹¹. Celle-ci peut notamment porter sur des risques liés à l'environnement et aux droits de l'homme, même si cette possibilité n'est pas explicite. Des aspects liés à l'environnement et aux droits de l'homme pourraient également être pris en compte, comme en Allemagne, sur la base du principe «**se conformer ou expliquer**» inscrit dans les codes de gouvernement d'entreprise en Suisse et en Allemagne. L'obligation de présenter les risques matériels prévue dans le droit états-unien des bourses est similairement vague en ce qui concerne les droits de l'homme et l'environnement ; il n'existe pas non plus de dispositions explicites à ce sujet. Néanmoins, la *Securities and Exchange Commission* a adopté des instructions spécifiques à la présentation des informations relatives au changement climatique.

Les obligations en matière de présentation régulière d'informations peuvent certes être plus **spécifiques**, mais elles sont alors parfois **moins contraignantes** ou requièrent un moindre degré de publicité. Le code de gouvernement d'entreprise hollandais prévoit ainsi que l'organe d'administration informe l'organe de surveillance (et non le public) sur des aspects «pertinents» de la responsabilité sociétale de l'entreprise, selon le principe «se conformer ou s'expliquer». Au Canada, l'information régulière en matière de RSE ne relève que d'une recommandation de l'Institut Canadien des Comptables Agréés (ICCA) ; émanant de l'association professionnelle des comptables, cette recommandation a toutefois un certain poids dans la pratique.

Les **réglementations boursières canadiennes** (instruments nationaux), largement harmonisées, vont beaucoup plus loin : elles prévoient que le rapport annuel de l'entreprise doit présenter la stratégie en matière de droits de l'homme (si celle-ci existe) et des informations sur les problèmes, les stratégies et les risques environnementaux. En outre, p. ex. la bourse de Toronto exige que les entreprises informent à temps sur des questions liées à l'environnement, à la société et aux droits de l'homme.

¹¹¹ L'information fait l'objet d'une réglementation plus précise dans la Directive *Corporate Governance* de la bourse, voir annexe, A., ch. 3.6.

Les règles canadiennes sont similaires aux obligations étendues qui existent en matière d'information en France et au Danemark et qui sont prévues dans le droit britannique et dans l'UE. Selon le droit danois, les grandes entreprises doivent établir un rapport additionnel sur la RSE (ou en expliquer l'absence) présentant la **stratégie relative notamment aux droits de l'homme et à l'environnement**, sa mise en œuvre et ses effets. La proposition déjà mentionnée (II.B.2.) de la Commission européenne du 16 avril 2013 de modifier les directives comptables (depuis juin, directive 2013/34/UE ; auparavant, directive 78/660/CEE) prévoit des dispositions similaires : le rapport de gestion des grandes entreprises doit comprendre une déclaration concernant des facteurs non financiers, y compris les informations relatives aux questions d'environnement et au respect des droits de l'homme, la politique menée dans ces domaines et ses résultats, ainsi que les risques y relatifs et la manière de les maîtriser. L'approche européenne met donc un accent particulier sur la dimension du risque dans cette information et ainsi sur la promotion de la diligence raisonnable par le biais d'obligations de rendre des comptes explicites.

Comparé à ces obligations d'informer d'une portée stratégique, le projet de réforme poursuivi actuellement en Grande-Bretagne est plus modeste : le législateur se propose d'introduire des obligations d'informer sur des aspects liés aux droits de l'homme et les émissions de gaz à effet de serre dans un rapport stratégique et de redéfinir les indicateurs environnementaux. De même, les exigences en matière d'information instituées en France dans le cadre de la loi Grenelle n'ont pas un caractère fondamentalement stratégique : des dispositions **détaillées** règlent les aspects précis sur lesquels les sociétés doivent informer. A l'instar du Danemark et de l'Union européenne, l'approche française repose sur le principe «se conformer ou s'expliquer», ce qui permet d'atténuer une certaine rigidité résultant du caractère détaillé de la réglementation. Il n'est cependant pas fait référence aux risques. En revanche, selon la solution française, les informations doivent faire l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant.

3.2. Obligations d'informer sectorielles en matière de droits de l'homme et d'environnement

Des obligations d'informations sectorielles jouent notamment un rôle important dans le droit états-unien, mais elles sont incluses dans des réglementations générales. On en trouve des exemples entre autres dans le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*. Il s'agit là d'obligations faites aux entreprises actives dans le secteur du **pétrole, du gaz et des minéraux** et cotées en bourse de déclarer les paiements effectués au gouvernement fédéral des États-Unis ou à des gouvernements étrangers (section 1504) ou l'utilisation des minéraux «**de conflit**» tels que l'or ou l'étain provenant de la République du Congo ou d'Etats voisins et de faire rapport sur les mesures prises par l'entreprise pour surveiller la provenance de ces minéraux (section 1502). Comme la section 1502, une proposition de loi canadienne, rejetée par le Parlement, prévoyait p. ex. d'obliger les entreprises du secteur du pétrole, du gaz et des minéraux à présenter leurs activités extraterritoriales dans un rapport annuel. Les sociétés concernées doivent cependant au moins informer sur les risques environnementaux liés aux projets dans le domaine des minéraux.

Un autre exemple de l'approche sectorielle est le *Transparency in Supply Chains Act* californien, selon lequel les détaillants et les fabricants dont les recettes mondiales dépassent 100 millions de dollars états-uniens doivent présenter leurs efforts pour éliminer la **traite de personnes et l'esclavage de leur chaîne d'approvisionnement**. Ils doivent énumérer les étapes concrètes de vérification de la chaîne d'approvisionnement (y compris le type de vérification, l'application des normes de responsabilité et les procédures frappant les employés et les parties contractantes en cas de non-respect de normes), selon une liste rappelant le droit français. La loi californienne a pour objectif

l'information des consommateurs, alors que les mesures prévues dans le *Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* concernent en premier lieu les investisseurs.

Les mesures sectorielles sont moins répandues en Europe et sont éventuellement rattachées à certains secteurs. Hormis l'obligation de publier les paiements effectués au profit de gouvernements dans le secteur de l'industrie extractive et de l'exploitation des forêts primaires (II. B. 2.), certaines prescriptions imposent des obligations d'informer aux gérants de fortune ou aux **investisseurs institutionnels**. En France, les sociétés de gestion doivent ainsi informer sur la manière de prendre en compte l'environnement et les droits de l'homme, en ce qui concerne aussi bien leurs propres investisseurs que les investisseurs institutionnels. Un projet hollandais vise à obliger les caisses de pension (en tant qu'investisseurs) à présenter, dans le rapport annuel, la prise en compte des droits de l'homme, de l'environnement et des questions sociales dans la stratégie d'investissement. En Grande-Bretagne, le *Stewardship Code* adopté à l'intention des investisseurs par l'autorité de régulation des investissements (*Financial Reporting Council*) comprend des recommandations suivant le principe «se conformer ou s'expliquer». Les investisseurs institutionnels sont appelés à informer quand ils interviennent dans les affaires d'une entreprise en leur qualité d'investisseurs, c.-à-d. d'actionnaires. L'attitude de l'entreprise en ce qui concerne les risques en matière d'environnement et de droits de l'homme est mentionnée dans ce contexte.

Ainsi, on trouve l'approche sectorielle notamment dans les domaines des **matières premières** et des **investisseurs institutionnels**. Elle constitue cependant plutôt une exception dans une comparaison globale : la majorité des ordres juridiques examinés ne prévoit apparemment pas d'obligations d'informer spécifiques. En revanche, les obligations d'informer générales sont plus répandues, même si leurs caractéristiques varient considérablement.

V. Conclusion

L'analyse comparative montre que les membres du conseil d'administration peuvent être obligés d'effectuer des vérifications préalables de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement portant sur les activités menées à l'étranger et d'en rendre compte. Aucun ordre juridique examiné ne prévoit toutefois d'obligation légale de diligence raisonnable ou d'information applicable à l'ensemble des entreprises. Les différentes approches réglementaires, très hétérogènes, se caractérisent par une certaine retenue. Même les ordres juridiques allant relativement loin (ainsi qu'une proposition de droit européen) n'obligent que les sociétés cotées en bourse ou à partir d'une certaine taille à faire rapport sur la stratégie (ou sur l'absence d'une stratégie) en matière d'environnement et de droits de l'homme, sur la mise en œuvre de cette stratégie ou sur les risques qui y sont associés. Hormis cette approche générale, quelques ordres juridiques prévoient des obligations d'informer limitées à certains secteurs (gestion de fortune, matières premières). Des réglementations relatives à la diligence raisonnable sont très rares.

La concentration des mesures sur l'information repose peut-être sur l'hypothèse selon laquelle l'information présuppose des vérifications de diligence raisonnable. Suivant la manière dont est conçue l'obligation d'informer, la réunion de ces deux éléments vraisemblablement est possible, ou même en principe supposée. Il n'est cependant pas exclu que les rapports soient établis indépendamment des décisions relatives aux activités menées à l'étranger. La doctrine mentionne donc le risque de voir des entreprises publier des rapports à des fins d'alibi ou de marketing. L'établissement de rapports vise toutefois en premier lieu, tout comme les principes de gouvernement d'entreprise en général, à permettre aux investisseurs (et donc au public s'il s'agit des sociétés ouvertes au public) de s'informer sur les activités menées à l'étranger et de pouvoir ainsi exercer une influence en faveur d'un changement de stratégie. Même si la doctrine a mis en lumière les difficultés liées à cette fonction de contrôle, un mécanisme de contrôle (officiel ou inofficiel) portant sur la pertinence des rapports n'est prévu que dans quelques rares ordres juridiques.

La majorité des instruments internationaux prévoit que la diligence raisonnable (et dans un deuxième temps, l'information) en matière d'environnement et de droits de l'homme devrait d'une manière générale être liée à la prévention des risques (gestion des risques), mais les ordres juridiques dans lesquels cette exigence a été intégrée sont assez peu nombreux. L'une des raisons de cette situation est peut-être le fait que les réglementations de la gestion des risques sont relativement nouvelles et qu'elles sont formulées de manière très générale. Il se peut toutefois que les mesures réglementaires soient à cet égard particulièrement efficaces.

Notons enfin que la présente étude ne fait que présenter et comparer les mesures existantes ou envisagées. Nous avons délibérément renoncé à analyser les effets des obligations en question (et même à différencier les types d'obligations) sur les activités des entreprises menées à l'étranger et en particulier sur la situation en matière d'environnement et de droits de l'homme dans les Etats concernés. Une telle analyse paraît extrêmement difficile ; elle aurait fait exploser le cadre de la présente étude. Il paraît aussi difficile de vérifier les effets des réglementations dans les Etats du siège. La question de l'efficacité des différentes mesures demeure donc sans réponse.

ANHANG: LÄNDERBERICHTE

A. SCHWEIZ¹¹²**1. Allgemeine Übersicht**

Das schweizerische Recht kennt keine umfassende Regelung für die menschenrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Zwar bestehen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, verschiedene Bestimmungen, unter welche sich Elemente einer menschenrechtlichen Sorgfaltspflicht subsumieren lassen. Die Umsetzung dieser vorhandenen Regelungen ist in der Praxis aber wenig ausgeprägt.

2. Menschenrechte**2.1 Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence im Menschenrechtsbereich****2.1.1. Pflichten der Gesellschaftsorgane*****a. Übersicht über die Pflichtverteilung der Gesellschaftsorgane***

Im Text des Postulats der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats 12.3980 vom 30. Oktober 2012 wird von "Verwaltungsratsmitglieder[n]" gesprochen. Damit ist das Exekutivorgan der Aktiengesellschaft gemäss Art. 707 ff. OR gemeint. Daher beziehen sich die folgenden Ausführungen ausschliesslich auf die schweizerische Aktiengesellschaft, AG (Art. 620 ff. OR).

Bei der AG handelt es sich um eine juristische Person, welche durch ihre Organe handelt. Diese sind gemäss Art. 55 Abs. 1 und 2 ZGB berufen, dem Willen der Gesellschaft Ausdruck zu geben, wobei sie diese sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten verpflichten.

a.a. Organe der AG

Das OR schreibt bei der AG drei Organe vor: (i) die Generalversammlung (Art. 698 ff. OR), (ii) den Verwaltungsrat (Art. 707 ff. OR) und, soweit gesetzlich erforderlich bzw. erwünscht (iii) die Revisionsstelle (Art. 727 ff. OR). Der Generalversammlung stehen diverse unübertragbare Befugnisse

 112

Erstellt durch das Eidgenössische Handelsregisteramt.

zu (vgl. Art. 698 Abs. 2 OR)¹¹³. Auch der Verwaltungsrat verfügt über zahlreiche unentziehbare und unübertragbare Kompetenzen (s. Art. 716a OR)¹¹⁴.

a.b. Verwaltungsrat

Beim Verwaltungsrat handelt es sich nach der dispositiven Bestimmung von Art. 716 Abs. 2 OR um das von der Generalversammlung gewählte (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) geschäftsführende Exekutivorgan der AG, wobei die Geschäftsführung allen Mitgliedern gesamthaft zustellt, soweit sie nicht - nach Massgabe eines Organisationsreglements - ganz oder teilweise an einzelne (Verwaltungsrats-) Mitglieder oder an (externe) Dritte übertragen wurde (Art. 716b Abs. 1-3 OR). Zudem vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen; die Vertretungsbefugnis steht jedem Mitglied einzeln zu, sofern die Statuten oder das Organisationsreglement nichts anderes bestimmen (Art. 718 Abs. 1 OR). Der Verwaltungsrat besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern (Art. 707 Abs. 1 OR). Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden auf maximal sechs Jahre gewählt, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen; es ist eine unbeschränkte Wiederwahl möglich (Art. 710 OR)¹¹⁵. Neben dem Verwaltungsrat im Sinne von Art. 707 ff. OR gelten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch diejenigen Personen als Organe, welche effektiv und in entscheidender Weise an der Bildung des Verbandswillens teilhaben, indem sie in einem wesentlichen Aufgabenbereich der juristischen Person selbständige (eigene) Entscheidungsbefugnis eingeräumt erhalten oder sich solche Befugnisse angemasst haben (sog. "faktische Organe")¹¹⁶. Dieser Grundsatz ist auch im Konzernverhältnis anwendbar, falls Mitglieder des Verwaltungsrats oder der Geschäftsleitung der Muttergesellschaft direkt auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einwirken (z.B. durch Weisungen an die formell bei der Tochtergesellschaft zuständigen Organe)¹¹⁷.

¹¹³ Die Generalversammlung hat folgende unübertragbare Befugnisse (Art. 698 Abs. 1 Ziff. 1-6 OR): (i) die Festsetzung und Änderung der Statuten; (ii) die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats und der Revisionsstelle; (iii) die Genehmigung des Lageberichts und der Konzernrechnung; (iv) die Genehmigung der Jahresrechnung sowie die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns, insbesondere die Festsetzung der Dividende und der Tantieme; (v) die Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrats; (vi) die Beschlussfassung über Gegenstände, die der Generalversammlung durch das Gesetz oder die Statuten vorbehalten sind.

¹¹⁴ Der Verwaltungsrat hat folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben (Art. 716a Ziff. 1-7 OR): (i) die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen; (ii) die Ausgestaltung des Rechnungswesens; (iii) die Festlegung der Organisation; (iv) die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist; (v) die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und Vertretung betrauten Personen; (vi) die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen; (vii) die Erstellung des Geschäftsberichts sowie die Vorbereitung der Generalversammlung und die Ausführung ihrer Beschlüsse; (viii) die Benachrichtigung des Richters im Falle der Überschuldung.

¹¹⁵ Gemäss der am 3. März 2013 von Volk und Ständen angenommenen Volksinitiative "Gegen die Abzockerei" wählt die Generalversammlung von im In- oder Ausland kotierten Schweizer Aktiengesellschaften *jährlich* die Verwaltungsratspräsidentin oder den Verwaltungsratspräsidenten und einzeln die Mitglieder des Verwaltungsrates und des Vergütungsausschusses sowie die unabhängige Stimmrechtsvertreterin oder den unabhängigen Stimmrechtsvertreter (vgl. Art. 95 Abs. 3 Bst. a Bundesverfassung BV; SR 101).

¹¹⁶ S. BGE 136 III 14 ff., 20 ff., E. 4 = Pra 2010 Nr. 72, BGE 128 III 29 ff. BGE 114 V 213 ff., BGE 107 II 353 f., BGE 104 II 97, BGE 96 I 479; vgl. auch Art. 754 Abs. 1 OR, in welchem mit Bezug auf die Verantwortlichkeit von Personen, die in Organstellung gehandelt haben, von "mit der Geschäftsführung befassten Personen (...)" gesprochen wird.

¹¹⁷ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 58.

Verhaltenspflichten

Die zentralen Verhaltenspflichten des Verwaltungsrats, insbesondere die Sorgfaltspflicht, die Treuepflicht und der Gleichbehandlungsgrundsatz der Aktionäre, sind in Art. 717 OR geregelt. Namentlich müssen die Mitglieder des Verwaltungsrats sowie mit der Geschäftsführung betraute Dritte ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen.

Sorgfaltspflicht

Der Gegenstand der Sorgfaltspflicht wurde v.a. im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur (persönlichen) Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR der mit der Verwaltung und Geschäftsführung der AG betrauten Organe konkretisiert¹¹⁸. In der Lehre¹¹⁹ werden verschiedene Aspekte der Sorgfaltspflicht unterschieden, so namentlich (i) die Sorgfalt in der Mandatsannahme, (ii) die Sorgfalt in der Organisation und Gestaltungspflicht (zweckmässige Organisation und adäquates internes Kontrollsystem, IKS, mit Risikomanagement), (iii) die Sorgfalt in der Aufgabenerfüllung (Wahrnehmung der Oberaufsicht nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), (iv) Sorgfalt in der finanziellen Führung der Gesellschaft (Überwachung der Liquidität), (v) Sorgfalt bei der Anlage und Erhaltung des Gesellschaftsvermögens sowie bei Unternehmenskäufen (Vermeidung von Klumpenrisiken, Unterlassen von Geschäften ohne adäquate Gegenleistung, etc.), (vi) die Sorgfalt in der Auswahl und Beaufsichtigung der Unterstellten mit Eingriffspflicht, (vii) die Sorgfalt in Belangen der Steuern und der Sozialversicherungsabgaben (Garantenstellung), (viii) Beizug von Spezialisten, namentlich im Zusammenhang mit Unternehmensumstrukturierungen bzw. -übernahmen (z.B. Durchführung einer "due diligence" bzw. Einholung einer "fairness opinion"). Die Sorgfaltspflicht verlangt insbesondere auch die Erfüllung der im Katalog von Art. 716a Abs. 1 OR erwähnten Aufgaben durch den Verwaltungsrat. Im Zusammenhang mit der Beachtung von Menschenrechten (und Umweltvorschriften) sind insbesondere die Organisationsverantwortung und die Überwachungspflicht relevant (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 und Ziff. 5 OR). Die Kompetenz zur Festlegung der Organisation durch den Verwaltungsrat beinhaltet nicht zuletzt die Implementierung einer angemessenen Führungsorganisation, namentlich die Umschreibung der zentralen Stellen bzw. Abteilungen, deren Verhältnisse untereinander (Hierarchie, Berichterstattung) sowie die Definition der einzelnen Aufgabenbereiche und Pflichten¹²⁰. Bei der Oberaufsicht des Verwaltungsrats geht es grundsätzlich um die kontinuierliche, sachliche und personelle Überwachung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen hinsichtlich der Einhaltung von Gesetzen, Statuten, Reglementen und Weisungen¹²¹.

Treuepflicht

Die Treuepflicht des Verwaltungsrats, welche auch strafrechtlich geschützt wird (vgl. Art. 158 StGB¹²²; ungetreue Geschäftsbesorgung), umfasst eine generelle Pflicht zur Wahrung der Interessen der Gesellschaft¹²³. Dabei geht es insbesondere darum, unter Umständen eine Risikoanalyse und -einschätzung vorzunehmen und gestützt darauf Entscheidungen im Interesse des Unternehmens zu treffen. Weiter gilt es, eine Kollision der eigenen Interessen des Verwaltungsrats mit denjenigen der Gesellschaft (bzw. der Aktionäre) zu verhindern. Als Auslegungs- bzw. Interpretationshilfe für die Treuepflicht des Verwaltungsrats können neben dem kodifizierten Recht und der Rechtsprechung auch Empfehlungen berücksichtigt werden. Solche Empfehlungen enthält namentlich der – primär an

¹¹⁸ BÖCKLI, Aktienrecht, 4. Auflage, § 13, 563, m.w.H.; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 3 ff., m.w.H.; BGE 122 III 198, 99 II 181, 97 II 411.

¹¹⁹ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, 564 ff.; WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 7a ff.

¹²⁰ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 716a N 10; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 319 ff..

¹²¹ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 716a N 24 ff.; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 374 ff.

¹²² Strafgesetzbuch; SR 311.0.

¹²³ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 1a, 12 und 15 ff.

Publikumsgesellschaften gerichtet¹²⁴ – Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance (SCBP)¹²⁵ der *economiesuisse*, dem Verband der Schweizer Unternehmen¹²⁶, vom Juli 2002, aktualisiert 2007. Er enthält u.a. die allgemein anerkannte Pflicht des Verwaltungsrats, gemäss Art. 716a Abs. 1 und Art. 717 OR die strategischen Ziele, die generellen Mittel zu deren Erreichung sowie die mit der Führung der Geschäfte beauftragten Personen zu bestimmen. Zudem sorgt er in der Planung für die Übereinstimmung von Strategie und Finanzen¹²⁷.

Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz, deren Beteiligungsrechte an der Börse (SIX Swiss Exchange AG) kotiert sind, unterliegen der "Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance" ("Richtlinie Corporate Governance, RLCG") vom 29. Oktober 2008, in Kraft seit 1. Juli 2009, der Schweizer Börse (SIX Swiss Exchange AG, in Zürich)¹²⁸. Darin wird die Offenlegung bestimmter, im Anhang zur Richtlinie aufgeführter Schlüsselinformationen für die Investoren verlangt (s. Art. 2 und 4 RLCG). Es handelt sich namentlich um Informationen (i) zur Konzernstruktur (Offenlegung der weiteren kotierten Gesellschaften, die zum Konsolidierungskreis des Emittenten gehören), (ii) zum Aktionariat (Nennung bedeutender Aktionäre und Kreuzbeteiligungen), (iii) zur Kapitalstruktur (Betrag des ordentlichen, genehmigten und bedingten Kapitals, Kapitalveränderungen, etc.), (iv) zur Geschäftsleitung (Zusammensetzung, Interessenbindungen, etc.), (v) zu den Entschädigungen (Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und Beteiligungsprogramme, etc.), (vi) zu den Mitwirkungsrechten der Aktionäre (Stimmrechtsbeschränkungen, statutarische Quoten, etc.), (vii) zum Revisionsorgan (Mandats- und Amtsdauer der Revisors, Honorar, etc.), (viii) zu Kontrollwechselklauseln und (ix) zur Informationspolitik (permanente Informationsquellen und Kontaktadressen des Emittenten, etc.).

Als Richtschnur für die Interessenwahrungspflicht gilt der statutarische Zweck der Gesellschaft und dessen Umsetzung/Konkretisierung durch Reglemente und interne Richtlinien etc. Ihrer Konzeption nach verfolgt die AG typischerweise wirtschaftliche Zwecke und ist zur Gewinnstrebigkeit verpflichtet. Die Gewinnstrebigkeit widerspiegelt sich im Recht des Aktionärs auf einen Gewinnanteil (Art. 660 f. OR) und dem Recht desselben auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen, welche die Gewinnstrebigkeit der Gesellschaft ohne Zustimmung sämtlicher Aktionäre aufheben (Art. 706 Abs. 2 Ziff. 4 OR). Dieses Charakteristikum der AG auf die blosser Maximierung des *Shareholder value* zu reduzieren, würde aber zu kurz greifen: Zunehmend wird unter dem Gesichtspunkt der Interessenwahrungspflicht vom Verwaltungsrat, insbesondere von volkswirtschaftlich bedeutenden Unternehmen, aber auch verlangt, die Interessen von Gläubigern, Arbeitnehmern, Kunden, Lieferanten und des Gemeinwesens zu wahren bzw. sich sozial verantwortlich und umweltverträglich zu verhalten (sog. "stakeholder approach" bzw. "corporate social responsibility")¹²⁹. Insbesondere im

¹²⁴ Vgl. Ziff. 2.1 Präambel, Abs. 3. Es handelt sich dabei im Gegensatz zum kodifizierten Recht "nur" um Empfehlungen ohne bindenden Charakter. Nichtsdestotrotz kommt ihnen in der Praxis erhebliche Bedeutung zu. So kann das Gericht diese in einem Verantwortlichkeitsprozess gegen die Organe der AG bei der Konkretisierung der Sorgfaltspflicht bzw. des Sorgfaltsmassstabs berücksichtigen.

¹²⁵ Abrufbar unter folgendem Link:
http://www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_de.pdf (23.10.2013).

¹²⁶ <http://www.economiesuisse.ch/de/Seiten/default.aspx> (23.10.2013).

¹²⁷ Swiss Code, II Ziff. 9; ROLF H. WEBER, Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen, in: Rolf H. Weber/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, S. 161 ff., S. 170 f. m.w.H.

¹²⁸ Die Richtlinie basiert auf den Art. 1, 4, 5 und Art. 49 Abs. 2 des Kotierungsreglements (KR) der Schweizer Börse (SIX Swiss Exchange AG).

¹²⁹ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 1a und N 16 m.w.H. BGE 138 III 407 f.

Hinblick auf Reputationsschäden gebieten auch kommerzielle Interessen international tätiger Unternehmen ein sozial verträgliches Verhalten¹³⁰. „Übersetzt“ in konkrete Sorgfaltspflichten bedeutet dies, dass entsprechende unternehmensinterne Richtlinien formuliert werden müssen, die in die operationellen Abläufe einfließen und deren Implementierung überwacht wird¹³¹.

In Konzernverhältnissen bezieht sich die Treuepflicht des Verwaltungsrats grundsätzlich auf die Interessen derjenigen AG, deren Organ das Verwaltungsratsmitglied ist. Eine Ausnahme gilt dann, wenn der statutarische Zweck die Förderung des Konzerninteresses ausdrücklich vorsieht oder wenn die Tochtergesellschaft vollständig beherrscht wird¹³². Hat die Muttergesellschaft die Oberleitungskompetenzen für die Tochtergesellschaft tatsächlich an sich gezogen und ist sie damit als faktisches Organ der Tochtergesellschaft zu qualifizieren, unterliegt sie der gleichen Sorgfaltspflicht wie die Organe der Tochtergesellschaft¹³³.

Aufsichts-, Überwachungs- und Eingriffspflicht

Wichtiger Teil der Aufgaben des Verwaltungsrats ist die Aufsichtspflicht; Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR spricht von der Oberleitung der Gesellschaft. Mit der Überwachungspflicht verbunden ist die Eingriffspflicht bei festgestellten Missständen¹³⁴. Weiter verlangen die Sorgfaltspflicht und die Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats ganz allgemein und generell die Einhaltung des geltenden (inländischen) Rechts. Dazu gehören namentlich auch an juristische und natürliche Personen gerichtete, öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutz der Menschenrechte und zum Schutz der Umwelt (Arbeitsrecht, Umweltschutzrecht, etc.).

Viele international tätige Schweizer Grossunternehmen kennen unternehmenseigene Grundsätze zu sozialen Themen wie Menschenrechten und Umweltschutz, sei es, dass sie sich Instrumenten wie etwa dem UN Global Compact angeschlossen oder eigene Strategien entwickelt haben. Regelmässig wird dabei auf die interne Verbindlichkeit dieser Grundsätze und ihre konzernweite Geltung hingewiesen. Auf Ebene der Muttergesellschaft besteht mindestens eine Verantwortung des Verwaltungsrates, die Einhaltung dieser Grundsätze in den Tochtergesellschaften im Rahmen seiner Sorgfaltspflichten zu überwachen¹³⁵.

a.c. Revisionsstelle

Das unabhängige Organ der Revisionsstelle wird von der Generalversammlung gewählt (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) und hat Prüfungs-, Berichterstattungs- und Meldepflichten (Art. 728 ff. OR). Als gesetzliche Revisionsarten bezüglich der Jahresrechnung und der Gewinnverwendung bestehen die *ordentliche* Revision (vgl. Art. 727 OR, Art. 727b OR, Art. 728 -728c OR, Art. 730 ff. OR) für Grossunternehmen¹³⁶ und die *eingeschränkte* Revision ("review") für kleinere und mittlere Unter-

¹³⁰ PETER FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte – eine Pflicht für multinationale Unternehmen, in Liber Amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, S. 703 ff., S. 709 f.

¹³¹ ROLF H. WEBER, Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen, in: Rolf H. Weber/Peter Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit und Unternehmensrecht VI, Zürich 2012, 161 ff., 185.

¹³² WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 1a und N 16a m.w.H.; BGE 130 III 219.

¹³³ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 467 m.w.H.

¹³⁴ Leitentscheid ist BGE 97 II 403, 411. Dazu auch WEBER 2012, 170 f.

¹³⁵ FORSTMOSER, Schutz der Menschenrechte, S. 714.

¹³⁶ Publikumsgesellschaften, Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind und Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten, (i) Bilanzsumme von CHF 20 Mio., (ii) Umsatzerlös von CHF 40 Mio. und 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt (Art. 727 Abs. 1 Ziff. 1-3 OR).

nehmen (KMU; Art. 727a OR, Art. 727c OR, Art. 729 ff. OR, Art. 730 ff. OR). Ferner ist unter bestimmten Voraussetzungen für Kleingesellschaften ein Verzicht auf die eingeschränkte Revision möglich (vgl. Art. 727a Abs. 2-4 OR). Die Revisionsstelle hat bei der ordentlichen Revision namentlich zu prüfen, ob (i) die Jahresrechnung und ggf. die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen und ob (ii) der Antrag des Verwaltungsrats über die Verwendung des Bilanzgewinns den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht (Art. 728 Abs. 1 OR). Bei der Durchführung und Festlegung des Umfangs der Prüfung berücksichtigt die Revisionsstelle das interne Kontrollsystem (Art. 728 Abs. 2 OR)¹³⁷.

Bei der eingeschränkten Revision gelten im Gegensatz zur ordentlichen Revision weniger hohe Anforderungen an die Unabhängigkeit des Revisors (Art. 729), ein reduzierter Prüfungsumfang bzw. -gegenstand (Art. 729a ff. OR) und geringere fachliche Anforderungen an den Revisor (Art. 727c OR)¹³⁸.

b. Pflicht zur Berücksichtigung von Risiken für die Gesellschaft

Die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensführung gemäss Art. 717 OR beinhaltet auch die Pflicht, sich ausreichend zu informieren, um unternehmensrelevante Entscheidungen zu treffen. Zu dieser Informationspflicht gehört auch eine Einschätzung der sich aus der Geschäftstätigkeit ergebenden möglichen Risiken für die Gesellschaft¹³⁹. Seit dem 1. Januar 2013 ist eine Risikobeurteilung obligatorischer Bestandteil des Lageberichts gemäss Art. 961c OR. Ein Lagebericht ist von allen Unternehmen, die der ordentlichen Revision gemäss Art. 727 OR unterliegen, zu erstellen. Damit muss unter Umständen über Menschenrechtsprobleme berichtet werden, die ein Risiko für die Gesellschaft – z.B. wegen Haftungsansprüchen oder reputationsbedingten Gewinneinbrüchen – darstellen könnten¹⁴⁰.

Aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR, gestützt auf die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben zur (i) Oberleitung der Gesellschaft (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR), (ii) zur Ausgestaltung der Finanzkontrolle (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) sowie (iii) zur Festlegung der Organisation (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR) ist der Verwaltungsrat der AG indessen verpflichtet, ein auf das Unternehmen abgestimmtes Internes Kontrollsystem (IKS) einzurichten¹⁴¹. Der SCBP der

¹³⁷ Seit dem 1. Januar 2013 ist eine Risikobeurteilung obligatorischer Bestandteil des Lageberichts gemäss Art. 961c OR. Ein Lagebericht ist von allen Unternehmen, die der ordentlichen Revision gemäss Art. 727 OR unterliegen, zu erstellen. Grundsätzlich prüft die Revisionsstelle den Lagebericht nicht. Im Rahmen der ordentlichen Revision muss sie jedoch dem Verwaltungsrat im umfassenden Revisionsbericht gemäss Art. 728b Abs. 1 OR auf allfällige Widersprüche zwischen der Jahresrechnung und dem Lagebericht hinweisen (vgl. BOTSCHAFT AKTIEN- UND RECHNUNGSLEGUNGSRECHT vom 21. Dezember 2007, BBI 2008, 1589, S. 1718).

¹³⁸ Zu den fachlichen Anforderungen an die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision vgl. Art. 727b OR, zum Prüfungsumfang bzw. -gegenstand s. Art. 728a f. OR, zur Unabhängigkeit vgl. Art. 728 OR.

¹³⁹ Besondere Risikoanalysen werden durch Spezialbestimmungen verlangt. Zu nennen sind z.B. die Eigenkapitalvorschriften "Basel II" und "Basel III" des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich (BIZ), welche im Schweizerischen Recht durch eine eigenständige Eigenmittel- und Risikoverteilungsverordnung des Bundesrats (Eigenmittelverordnung, ERV; SR 952.03) und in Rundschreiben der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA umgesetzt wurden.

¹⁴⁰ Vgl. Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich Menschenrechte und Wirtschaft, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) vom 12. Juni 2013 (fortan SKMR-BESTANDESAUFNAHME), S. 20.

¹⁴¹ Vgl. WATTER/PFIFFNER, BSK-OR II, Art. 728a N 46, und WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 13 und Art. 716a N 17; BOTSCHAFT RAG, BBI 2004, 3969 ff., 4023).

economiesuisse verlangt ebenfalls die Errichtung eines adäquaten internen Kontrollsystems (vgl. Ziff. 19 SCBP).

Wesentlich im Zusammenhang mit Menschenrechts- und Umweltaspekten ist für börsenkotierte Gesellschaften ferner Art. 53 des Kotierungsreglements (KR)¹⁴² der Schweizer Börse (SIX Swiss Exchange AG) betreffend die Informationspflicht bei potentiell kursrelevanten Tatsachen (Ad hoc-Publizität)¹⁴³. Diese Bestimmung verpflichtet börsenkotierte Unternehmen, sämtliche kurs- und preisrelevanten Tatsachen offen zu legen. Es ist denkbar, dass Menschenrechtsverletzungen oder Umweltschäden und damit verbundene Reputationsschäden, Schadenersatzverpflichtungen oder staatliche Sanktionen wegen Mitverantwortung des Unternehmens Auswirkungen auf den Aktienkurs haben können. Ob eine Verletzung von Art. 53 des KR auch eine aktienrechtliche Verantwortlichkeit auslösen kann, ist vom Bundesgericht noch nicht entschieden¹⁴⁴.

c. **Pflicht zur Untersuchung der Auswirkung der Aktivitäten auf Menschenrechte**

Im schweizerischen Gesellschaftsrecht besteht keine ausdrückliche Pflicht des Verwaltungsrats, die Auswirkungen der Aktivitäten der Gesellschaft auf Menschenrechte zu *untersuchen*. Eine Pflicht zur Berücksichtigung von Menschenrechten im Rahmen der Zweckverfolgung durch den Verwaltungsrat kann aber aus der Sorgfalts- und Treuepflicht des Verwaltungsrats abgeleitet werden, da diese auch die Pflicht beinhaltet, menschenrechtliche Risiken, die sich negativ auf das Unternehmen auswirken können, abzuschätzen¹⁴⁵. Entsprechende Tendenzen für den Einbezug von Menschenrechtsaspekten (und Umwelanliegen) bei der Umschreibung bzw. Konkretisierung der Sorgfalts- bzw. Treuepflicht der Verwaltungsratsmitglieder sind in der Lehre und Rechtsprechung erkennbar¹⁴⁶.

Im Anwendungsbereich des SCBP ist es denkbar, die Auswirkungen der unternehmerischen Tätigkeit auf die Menschenrechte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP zu qualifizieren. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

Soweit gesetzliche Bestimmungen im Bereich Menschenrechte bestehen, verlangen die Sorgfaltspflicht und die Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats selbstredend deren Beachtung und Einhaltung (z.B. Arbeitsrecht) resp. eine entsprechende Überwachung. Allerdings ist das Bewusstsein für die menschenrechtlichen Elemente dieser Pflicht in der Praxis wenig ausgeprägt.

¹⁴² Dieses kann unter folgendem Link abgerufen werden:
http://www.six-exchange-regulation.com/admission_manual/03_01-LR_de.pdf (23.10.2013). Das KR basiert auf Art. 8 Börsengesetz, BEHG; SR 954.1.

¹⁴³ Die Bekanntgabepflicht der Emittenten bei potentiell kursrelevanten Tatsachen (Ad hoc-Publizität) gemäss Art. 53 KR wurde in der Richtlinie Ad hoc-Publizität (RLAHP) konkretisiert. Die RLAHP ist unter folgendem Link abrufbar:
http://www.six-exchange-regulation.com/admission_manual/06_16-DAH_de.pdf.

¹⁴⁴ In der Lehre ist der Schutznormcharakter von Art. 53 KR umstritten, wird aber zunehmend bejaht: MAURER/VON DER CRONE, SZW 2011, S. 400-415.; ROBERTO/RICKENBACH, S. 192.

¹⁴⁵ Kennt das Unternehmen eine eigene, intern verbindliche Menschenrechtsstrategie, bindet diese auch die Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) und kann bei Missachtung ggf. zur Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats führen, sofern auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. SKMR-BESTANDESAUFNAHME, S. 19).

¹⁴⁶ WATTER/ROTH PELLANDA, BSK-OR II, Art. 717 N 1a und N 16 m.w.H.; BGE 100 II 393 E. 4.

d. Die Pflicht zur Berücksichtigung von Auslandsaktivitäten insbesondere

Beinhaltet der (statutarische) Zweck einer AG mit Sitz in der Schweiz eine Tätigkeit sowohl in der Schweiz wie auch im Ausland, bezieht sich die Sorgfalts- bzw. Treuepflicht (Art. 717 OR) auch auf die Tätigkeit im Ausland.

e. Die Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften

Im Zusammenhang mit den Aktivitäten von Tochtergesellschaften ist auf den Begriff des Konzerns hinzuweisen. Die Schweizer Rechtsordnung kennt kein in sich geschlossenes Konzernrecht¹⁴⁷. Gesetzliche Regelungen zum Konzern finden sich nur in einzelnen Bereichen¹⁴⁸.

Bei einem Konzern handelt es sich um rechtlich selbständige Gesellschaften, die über eine einheitliche wirtschaftliche Leitung verfügen (z.B. durch eine hundertprozentige oder mehrheitliche Kapital- und/oder Stimmenmehrheit resp. eine starke, kontrollierende Minderheitsbeteiligung), wobei die Möglichkeit einer Beherrschung ausreicht, d.h. die tatsächliche Ausübung der Beherrschung wird nicht vorausgesetzt (sog. "Kontrollprinzip")¹⁴⁹. Im Schweizerischen Recht wird der Konzern anerkannt und kommt häufig vor¹⁵⁰. Im Konzern haftet für Verpflichtungen (vertragliche, ausservertragliche, durch ungerechtfertigte Bereicherung begründete) grundsätzlich die betroffene Gesellschaft. Im Einzelfall ist unter Umständen jedoch ausnahmsweise eine Haftung weiterer Konzerngesellschaften möglich. Es geht dabei namentlich um (i) die Haftung der Muttergesellschaft bzw. von deren Organen in Bereichen, in welchen sie die Leitung beansprucht, analog zur Haftung als "faktische Organe" gestützt auf Art. 754 OR¹⁵¹, (ii) Haftung im Sinne eines "Durchgriffs" auf die Muttergesellschaft im Falle einer rechtsmissbräuchlichen Verwendung der rechtlichen Selbständigkeit der Tochtergesellschaft¹⁵² und (iii) die Haftung aus sog. "erwecktem Konzernvertrauen" im Sinne einer "culpa in contrahendo", falls die Muttergesellschaft intensive Werbung der Tochtergesellschaft mit der Muttergesellschaft zulässt¹⁵³. Spezielle Bestimmungen zur konsolidierten Aufsicht finden auf Finanzinstitute Anwendung, indem das Territorialitätsprinzip zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise unter Umständen durchbrochen werden kann, so dass schweizerisches Recht, insbe-

¹⁴⁷ BGE 138 III 775.

¹⁴⁸ Namentlich (i) die Bestimmungen über die Konzernrechnung (Art. 963 ff. OR), (ii) die Publizitätsvorschriften (Art. 959c Abs. 2 Ziff. 3 OR), (iii) die Sonderbestimmungen für Holdinggesellschaften (Art. 671 Abs. 4 OR), (iv) die börsenrechtlichen Offenlegungs- und Angebotspflichten (Art. 20 und 32 Börsengesetz, BEHG; SR 954.1) und die (v) Regelung betreffend die erleichterte Fusion im Konzern (Art. 23 f. Fusionsgesetz, FusG; SR 221.301).

¹⁴⁹ Art. 963 Abs. 1 und 2 OR betreffend die Pflicht zur Erstellung einer (konsolidierten) Jahresrechnung. Zum Kontrollprinzip s. BOTSCHAFT AKTIEN- UND RECHNUNGSLEGUNGSRECHT, BBl 2008 1589 ff., 1723.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 963 ff. OR; SZW 63 (1991) 142 ff.; BGE 85 II 113 ff., BGE 70 II 63, BGE 120 II 331, 124 III 299 (implizite Anerkennung). Gegen die Anerkennung sprechen allerdings (i) die Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR), die sich auf die Wahrung der Interessen der Gesellschaft (also nicht derjenigen einer Unternehmensgruppe bzw. einer Muttergesellschaft) bezieht, und (ii) die unübertragbaren bzw. unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats nach Art. 716a Abs. 1 OR (sog. "Konzernparadox"; vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 46 ff.).

¹⁵¹ Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 58 f.; s. oben 2.1.1.a.b. Verwaltungsrat; FORSTMOSER, Liber Amicorum, S. 713 f.

¹⁵² Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 61 f.

¹⁵³ Vgl. BGE 120 II 331 ff., BGE 123 III 231. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 62.

sondere das Geldwäschereigesetz¹⁵⁴, auch auf wirtschaftliche Tätigkeiten im Ausland anwendbar ist¹⁵⁵.

Mit Bezug auf internationale Konzernverhältnisse besteht im Schweizerischen Internationalen Privatrecht (IPRG, SR 291) keine Kollisionsnorm, nach welcher konzernrechtliche Tatbestände anzuknüpfen wären. Die Anknüpfung konzernrechtlicher Tatbestände ist den allgemeinen, gesellschaftsrechtlichen Regeln zu entnehmen (Art. 150 ff. IPRG). Teilweise müssen auch andere Anknüpfungsregeln wie z.B. diejenigen des Vertragsrechts (Art. 116 ff. IPRG) oder des Deliktsrechts (Art. 132 ff. IPRG) berücksichtigt werden¹⁵⁶. Bei der Anwendung der gesellschaftsrechtlichen Anknüpfungsregeln ist zwischen der Anwendung des Statuts der abhängigen und der herrschenden Gesellschaft zu unterscheiden. Die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zwischen der abhängigen und der – als Mehrheitsaktionärin – herrschenden Gesellschaft unterliegen gemäss Art. 155 Bst. f IPRG dem Statut der abhängigen Gesellschaft, da es dabei um das Verhältnis einer Gesellschaft zu ihrem Aktionär geht¹⁵⁷.

2.1.2. Pflichten der Gesellschaft als Ganzes

Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZGB sind die Organe berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben. Sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Mit letzterem ist die zivilrechtliche, ausservertragliche Haftung für widerrechtliche Schädigungen gemeint (Art. 41 OR, UWG, etc.). Bei der AG steht die Geschäftsführung allen Mitgliedern des Verwaltungsrates gesamthaft zu, soweit diese nicht im Rahmen der Statuten einzelnen Mitgliedern oder Dritten übertragen worden ist (Art. 716b Abs. 1-3 OR). Sie vertreten die Gesellschaft nach aussen, wobei die Vertretungsbefugnis jedem Mitglied einzeln zusteht (Art. 718 Abs. 1 OR). Fehlt der AG eines der vorgeschriebenen Organe oder ist eines dieser Organe nicht rechtmässig zusammengesetzt, kann der Richter gemäss Art. 731b Abs. 1 OR die erforderlichen Massnahmen ergreifen (Auflösung, Ernennung des fehlenden Organs, etc.).

Eine Pflicht zur Untersuchung von Auslandaktivitäten auf Menschenrechtsaspekte kann nur den Organen der Gesellschaft, insbesondere dem Verwaltungsrat (ggf. auch noch der Revisionsstelle), auferlegt werden. Die in Art. 717 OR definierten Verhaltens- bzw. Unterlassungspflichten beziehen sich ausdrücklich auf das Organ des Verwaltungsrats¹⁵⁸. Die Unterscheidung zwischen Pflichten von Organen und Pflichten der Gesellschaft "als Ganzes" erscheint in diesem Kontext nicht zweckmässig. Auch ausdrücklich der "Gesellschaft" auferlegte Pflichten treffen die Organe, durch welche die Gesellschaft handelt¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0.

¹⁵⁵ Entscheid der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts vom 9. Februar 2006 (2A.91/2005), publiziert in EBK-Bulletin 49/2006, S. 36 ff., E. 5.3 und E. 6.

¹⁵⁶ BSK IPRG-VON PLANTA/EBERHARD, Vor Art. 150-165 N 7.

¹⁵⁷ BSK IPRG-VON PLANTA/EBERHARD, Vor Art. 150-165 N 9.

¹⁵⁸ Eine Ausnahme gilt im Rahmen der Sanktionen bzw. strafrechtlichen Deliktsfähigkeit, vgl. Art. 102 StGB, welcher eine subsidiäre, ausnahmsweise auch primäre strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens vorsieht (s. auch Art. 7 des BG über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974, VStrR; SR 313.0).

¹⁵⁹ Insbesondere können diese Pflichten *nicht* das Aktionariat treffen, da der Aktionär nach Art. 680 Abs. 1 OR nur eine einzige Pflicht hat, nämlich den bei der Ausgabe der Aktie festgelegten Betrag zu leisten (Pflicht zur Liberierung des vollen Nennwerts und ggf. eines Agios in bar, durch Sacheinlage oder - bei der Kapitalerhöhung - durch Verrechnung).

a. Pflicht zur Untersuchung von Auswirkungen der Aktivitäten auf Menschenrechte

Eine explizite Pflicht des Verwaltungsrats, die Auswirkungen der Aktivitäten der Gesellschaft generell auf die Einhaltung bzw. eine allfällige Verletzung der Menschenrechte hin zu untersuchen, besteht im schweizerischen Gesellschaftsrecht nicht.

Unternehmerische Tätigkeiten können sich negativ auf Menschenrechte auswirken, so dass Risiken (Reputation, Haftungsansprüche, staatliche Sanktionen¹⁶⁰) für das Unternehmen entstehen. Im Rahmen seiner allgemeinen aktienrechtlichen Sorgfaltspflicht ist der Verwaltungsrat deshalb für die Erhebung dieser Risiken und – je nach Ergebnis – die Vorkehrung entsprechender Massnahmen verantwortlich. Soweit gesetzliche Bestimmungen im Bereich Menschenrechte bestehen, verlangen die Sorgfaltspflicht und die Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats deren Beachtung und Einhaltung (z.B. Arbeitsrecht).

Im Anwendungsbereich des SCBP könnten die Menschenrechte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

b. Die Berücksichtigung von Auslandsaktivitäten insbesondere

Es besteht keine ausdrückliche Norm im Gesellschaftsrecht, die den Verwaltungsrat verpflichtet, die Auswirkungen der Aktivitäten der Gesellschaft im Ausland auf die Einhaltung der Menschenrechte hin zu überprüfen.

Beinhaltet der (statutarische) Zweck einer AG mit Sitz in der Schweiz eine Tätigkeit sowohl in der Schweiz wie auch im Ausland, bezieht sich die Sorgfalts- bzw. Treuepflicht (Art. 717 OR) auch auf die Tätigkeit im Ausland. Soweit gesetzliche Bestimmungen im Bereich Menschenrechte bestehen, verlangen die Sorgfaltspflicht und die Organisationsverantwortung des Verwaltungsrats deren Beachtung und Einhaltung (z.B. Arbeitsrecht).

2.1.3. Bestehen von sektoriellen Pflichten

Es sind im Gesellschaftsrecht keine sektoriellen Pflichten bekannt.

2.1.4. Präzisierungen und Einschränkungen der Untersuchung

Vgl. oben, Ziff. 2.1.1.a.

¹⁶⁰ Das kann z.B. der Fall sein bei einer Verletzung der Gesetzgebung über die Ausfuhr von Rüstungsgütern, wenn mit diesen Menschenrechtsverletzungen begangen werden, oder bei einer Verletzung von Sanktionsverordnungen (z.B. beim Abschluss von Verträgen von Unternehmen mit unter den Myanmar-Sanktionen stehenden Unternehmen, die Zwangsarbeiter beschäftigen). Sanktionen kann es auch im Arbeitsrecht geben.

2.1.5. Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht

Im Zentrum stehen die Bestimmungen von Art. 752-760 OR betreffend die "Verantwortlichkeit" der Organe, Gründer, Liquidatoren und Emittenten von Prospekten. Zu nennen ist insbesondere die persönliche Haftung des Verwaltungsrats und aller mit der Geschäftsführung betrauten Personen, worunter auch "faktische Organe" mit leitenden und entscheidenden Funktionen fallen, für unmittelbare oder mittelbare (finanzielle) Schäden, die aus der absichtlichen oder fahrlässigen Verletzung ihrer (aktienrechtlichen Organ-) Pflichten resultieren, wobei zwischen dem Schaden und schuldhaft pflichtwidrigem Verhalten ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein muss (Art. 754 Abs. 1 OR)¹⁶¹. Der unmittelbare Schaden bezeichnet die direkte, bei der Gesellschaft, dem Aktionär oder dem Gläubiger individuell eintretende Vermögensminderung (inkl. entgangenem Gewinn). Beim mittelbaren Schaden werden Aktionäre oder Gläubiger indirekt geschädigt, indem der Vermögensverlust der Gesellschaft zu einem Wertverlust der Beteiligung des Aktionärs führt oder, im Falle des Konkurses der Gesellschaft, den ganzen oder teilweisen Ausfall der Gläubigerforderung bewirkt. Aktivlegitimiert zur Verantwortlichkeitsklage sind (i) die Gesellschaft (handelnd durch ihre Organe), (ii) die einzelnen Aktionäre und (iii) die Gläubiger. Letztere können erst klagen, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist (Art. 757 Abs. 1 OR). Die Klage des Aktionärs für mittelbaren Schaden kann nur auf Ersatzleistung an die Gesellschaft lauten (Art. 756 Abs. 1 OR).

Mit Bezug auf die Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit/Sorgfaltspflichtverletzung bzw. das Verschulden gilt ein objektiver Massstab, d.h. es wird gefragt, wie sich eine vernünftige korrekte Person unter den gegebenen Umständen hätte verhalten müssen¹⁶². Allerdings haben der Verwaltungsrat und die Geschäftsführung bei ihrer Tätigkeit einen gewissen Ermessensspielraum. Unrichtige Entscheide der Organe der AG machen diese nicht per se bereits verantwortlich, insbesondere dann nicht, wenn sie sorgfältig gefällt wurden, da jede erfolgreiche Geschäftstätigkeit bzw. Wahrnehmung von Geschäftschancen auch mit dem Eingehen von Risiken verbunden ist¹⁶³.

Am Rande kann auch die Möglichkeit der Auflösungsklage einer Minderheit von Aktionären aus wichtigen Gründen als Rechtsfolge einer Pflichtverletzung erwähnt werden (Art. 736 Ziff. 4 OR).

Eine Pflichtverletzung kann schliesslich Bestrafung des Organs wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 StGB zur Folge haben. Denkbar wäre ggf. auch die Bestrafung des Unternehmens gestützt auf Art. 102 StGB¹⁶⁴ oder die Anwendung der Strafbestimmungen von Art. 33

¹⁶¹ Art. 754 Abs. 1 OR lautet wie folgt: "Die Mitglieder des Verwaltungsrats und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären und Gesellschaftsgläubigern für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten verursachen."

¹⁶² Vgl. BGE 113 II 56.

¹⁶³ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 16, Rz. 578b; BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 579. Zur sog. "Business Judgement Rule" vgl. BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 581 ff.

¹⁶⁴ Art. 102 Abs. 1 und 2 StGB lauten wie folgt:

¹ Wird in einem Unternehmen in Ausübung geschäftlicher Verrichtung im Rahmen des Unternehmenszwecks ein Verbrechen oder Vergehen begangen und kann diese Tat wegen mangelhafter Organisation des Unternehmens keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden, so wird das Verbrechen oder Vergehen dem Unternehmen zugerechnet. In diesem Fall wird das Unternehmen mit Busse bis zu 5 Millionen Franken bestraft.

² Handelt es sich dabei um eine Straftat nach den Artikeln 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 322^{ter}, 322^{quinquies} oder 322^{septies} Absatz 1 oder um eine Straftat nach Artikel 4a Absatz 1 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 19. Dez. 1986⁵⁹ gegen den unlauteren Wettbewerb, so wird das Unternehmen unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen bestraft, wenn dem Unternehmen vorzuwerfen ist, dass es nicht

KMG (Kriegsmaterialgesetz; SR 514.51) und Art. 8 f. EmbG (Embargogesetz; SR 946.231), sofern ein Zusammenhang zu Menschenrechtsverletzungen bestünde.

Im Konzern kann die Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR für pflichtwidriges Verhalten bzw. Haftung im Einzelfall auch die Muttergesellschaft, deren Organe oder die Organe einer anderen Konzerngesellschaft treffen, wenn diese als faktische Organe zu qualifizieren sind, d.h. falls sie sich direkt oder indirekt in die Verwaltung bzw. Geschäftsführung einmischen oder auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft einwirken¹⁶⁵.

2.1.6 Reformbestrebungen

Es sind keine Reformbestrebungen bekannt.

2.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandstätigkeiten und getroffene Massnahmen

2.2.1. Berichterstattungspflicht von Organen

a. *Übersicht über Berichterstattungspflichten der Organe der Gesellschaft*

Berichterstattung im Verwaltungsrat

Falls die Statuten den Verwaltungsrat dazu ermächtigen, kann dieser die Geschäftsführung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil an einzelne Mitglieder oder Dritte übertragen (Art. 716b Abs. 1 OR), was bei grösseren bzw. börsenkotierten Unternehmen grundsätzlich immer der Fall ist. Das Reglement muss diesfalls insbesondere die Berichterstattung regeln (Art. 716b Abs. 2 OR). Als Gegenstände der Berichterstattung werden genannt¹⁶⁶: Regelmässige Berichterstattung in kürzeren oder längeren Abständen über (i) den Geschäftsgang, (ii) Veränderungen in der Risikobeurteilung, (iii) die Finanzlage ("cashflow", Verschuldungsgrad, etc.), (iv) schergewichtige Investitionen/Devestitionen, (v) das Umfeld (die Lage der Branche), (vi) Absichten der Geschäftsleitung, (vii) Personelles (Bestand, Politik, Nachwuchsplanung, etc.), (viii) Forschung und Entwicklung, (ix) die Zukunftsplanung ("businessplan", etc.), (x) die Selbstbeurteilung, (xi) die Tätigkeit der Ausschüsse und (xii) ausserordentliche Ereignisse sowie getroffene erste Massnahmen bzw. Notmassnahmen des Präsidenten bei Vorliegen einer Dringlichkeit.

Die Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) sieht in Art. 4 ff. Publizitätspflichten für börsenkotierte Unternehmen vor. Diese sind im Anhang der Richtlinie aufgeführt und im Geschäftsbericht des Unternehmens zu veröffentlichen (vgl. auch Ziff. 30 des SCBP der economiesuisse).

Ziff. 19 des SCBP der economiesuisse verlangt vom Verwaltungsrat, Massnahmen zur Einhaltung der corporate governance zu treffen, wobei er sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft geben muss, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ob ihnen dauernd nachgelebt wird. Der Prüfungsausschuss ("audit committee") des

alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern.

¹⁶⁵ MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Auflage 2012, § 24, Rz. 55 ff. BÖCKLI, Aktienrecht, § 11, Rz 465; BGE 128 III 28, BGE 128 III 93, BGE 117 II 574.

¹⁶⁶ BÖCKLI, Aktienrecht, § 13, Rz 192 ff.

Verwaltungsrats beurteilt die Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems unter Einbezug des Risikomanagements und macht sich ein Bild vom Stand der Einhaltung der Normen ("compliance") in der Gesellschaft (Ziff. 24 SCBP, 2. Lemma). Der Ausschuss berichtet dem Verwaltungsrat über Tätigkeit und Ergebnisse (Ziff. 21 4. Lemma SCBP). Die Einhaltung der Menschenrechte im Rahmen von Auslandaktivitäten von Tochtergesellschaften von Schweizer Konzernen kann unter die "corporate governance" bzw. "compliance" im Sinne der SCBP subsumiert werden.

Denkbar ist auch eine Informationspflicht im Zusammenhang mit Art. 53 des von der Schweizer Börse (SIX Swiss Exchange AG) erlassenen Kotierungsreglements (KR), wenn Menschenrechtsfragen Auswirkungen auf den Aktienkurs haben könnten (vgl. oben Ziff. 2.1.1.b.).

Berichterstattung der Revisionsstelle

Bei der ordentlichen Revision erstattet die Revisionsstelle dem Verwaltungsrat einen umfassenden Bericht mit Feststellungen über die Rechnungslegung, das interne Kontrollsystem sowie die Durchführung und des Ergebnis der Revision (Art. 728b Abs. 1 OR). Der Gegenstand und Umfang der ordentlichen Revision ist in Art. 728a OR wieder gegeben¹⁶⁷. Mit Bezug auf das interne Kontrollsystem muss die Revisionsstelle im Bericht materielle Ausführungen über dessen Zustand (Ausbau- und Dokumentationsgrad), dessen Wirksamkeit und allfällige Verbesserungsmöglichkeiten machen¹⁶⁸. Überdies erstattet die Revisionsstelle bei der ordentlichen Revision der Generalversammlung schriftlich einen zusammenfassenden Bericht über das Ergebnis der Revision mit den Angaben gemäss Art. 728b Abs. 2 Ziff. 1-4 OR.

Unterliegt die Jahresrechnung der Gesellschaft der eingeschränkten Revision durch eine zugelassene Revisionsstelle ("review")¹⁶⁹, muss diese der Generalversammlung schriftlich einen zusammenfassenden Bericht über das Ergebnis der Revision erstatten, der folgenden Inhalt aufweist: (i) einen Hinweis auf die eingeschränkte Natur der Revision, (ii) eine Stellungnahme zum Ergebnis der Prüfung, (iii) Angaben zur Unabhängigkeit, und (iv) Angaben zur Person, welche die Revision geleitet hat machen (Art. 729b Abs. 1 OR). Gegenstand und Umfang der eingeschränkten Revision sind in Art. 729a OR geregelt¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Art. 728a OR lautet wie folgt:

"¹ Die Revisionsstelle prüft, ob:

1. die Jahresrechnung und gegebenenfalls die Konzernrechnung den gesetzlichen Vorschriften, den Statuten und dem gewählten Regelwerk entsprechen;
2. der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht;
3. ein internes Kontrollsystem existiert.

² Die Revisionsstelle berücksichtigt bei der Durchführung und bei der Festlegung des Umfangs der Prüfung das interne Kontrollsystem.

³ Die Geschäftsführung des Verwaltungsrats ist nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle."

¹⁶⁸ WATTER/PFIFFNER, BSK-OR II, Art. 728b N 12.

¹⁶⁹ Die eingeschränkte Revision ist dann notwendig, wenn die Gesellschaft nicht der ordentlichen Revision unterliegt (vgl. Art. 727 OR) und kein (gültiger) Verzicht auf die eingeschränkte Revision im Sinne von Art. 727a Abs. 2 OR vorliegt (Art. 727a Abs. 1 OR).

¹⁷⁰ Art. 729a OR lautet wie folgt:

"¹ Die Revisionsstelle prüft, ob Sachverhalte vorliegen, aus denen zu schliessen ist, dass:

1. die Jahresrechnung nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht;

Geschäftsbericht; Offenlegung und Einsichtnahme in die Jahresrechnung

Art. 716a Ziff. 6 OR verpflichtet den Verwaltungsrat zur Erstellung des Geschäftsberichts. Gemäss Art. 958 Abs. 2 OR erfolgt die Rechnungslegung der AG im jährlichen Geschäftsbericht. Dieser enthält die Jahresrechnung, welche sich aus der Bilanz, der Erfolgsrechnung und dem Anhang zusammensetzt. Gesellschaften, die von Gesetzes wegen zu einer ordentlichen Revision (vgl. Art. 728 ff. OR) verpflichtet sind (s. Art. 727 OR¹⁷¹), müssen nach Art. 961 OR (i) zusätzliche Angaben im Anhang der Jahresrechnung machen (vgl. Art. 961a OR), (ii) als Teil der Jahresrechnung eine Geldflussrechnung erstellen (vgl. Art. 961b OR) und (iii) einen Lagebericht (vgl. Art. 961c OR) erstellen. Der Lagebericht muss namentlich Auskunft geben über die Durchführung der Risikobeurteilung und aussergewöhnliche Ereignisse (Art. 961c Abs. 2 Ziff. 2 und 5 OR). Unter Umständen ist damit über Menschenrechtsprobleme zu berichten, falls diese z.B. wegen laufender Gerichtsverfahren ein Risiko für die Gesellschaft darstellen. Börsenkotierte Unternehmen und Konzerne müssen zusätzlich zur Jahresrechnung einen Abschluss bzw. eine Konzernrechnung nach einem anerkannten Standard zur Rechnungslegung erstellen (Art. 962 Abs. 1 OR und 963b OR). Gemäss Art. 958e Abs. 1 OR müssen börsenkotierte Unternehmen die Jahresrechnung und Konzernrechnung nach der Genehmigung durch das zuständige Organ mit den Revisionsberichten entweder im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB zu veröffentlichen oder jeder Person, die es innerhalb eines Jahres nach der Genehmigung verlangt, auf deren Kosten in einer Ausfertigung zustellen. Die übrigen Unternehmen haben den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in den Geschäftsbericht und in die Revisionsberichte zu gewähren (Art. 958e Abs. 2 OR).

b. Bestehen einer Verpflichtung zur regelmässigen Berichterstattung über Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte und getroffene Massnahmen

Im schweizerischen Gesellschaftsrecht finden sich keine ausdrücklichen gesetzlichen Berichterstattungspflichten hinsichtlich der Auswirkungen der Geschäftstätigkeit der AG auf Menschenrechte.

2. der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Verwendung des Bilanzgewinnes nicht den gesetzlichen Vorschriften und den Statuten entspricht.

² Die Prüfung beschränkt sich auf Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen.

³ Die Geschäftsführung des Verwaltungsrats ist nicht Gegenstand der Prüfung durch die Revisionsstelle."

¹⁷¹ Art. 727 Abs. 1 OR lautet wie folgt:

"Folgende Gesellschaften müssen ihre Jahresrechnung und gegebenenfalls ihre Konzernrechnung durch eine Revisionsstelle ordentlich prüfen lassen:

1. Publikumsgesellschaften; als solche gelten Gesellschaften, die:
 - a. Beteiligungspapiere an einer Börse kotiert haben,
 - b. Anlehensobligationen ausstehend haben,
 - c. mindestens 20 Prozent der Aktiven oder des Umsatzes zur Konzernrechnung einer Gesellschaft nach Buchstabe a oder b beitragen;
2. Gesellschaften, die zwei der nachstehenden Grössen in zwei aufeinander folgenden Geschäftsjahren überschreiten:
 - a. Bilanzsumme von 20 Millionen Franken,
 - b. Umsatzerlös von 40 Millionen Franken,
 - c. 250 Vollzeitstellen im Jahresdurchschnitt;
3. Gesellschaften, die zur Erstellung einer Konzernrechnung verpflichtet sind."

Negative Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte, welche zu Risiken für die Gesellschaft werden können, sind Gegenstand der allgemeinen Berichterstattungspflicht.

Im Anwendungsbereich des SCBP wäre es denkbar, die Menschenrechte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP zu qualifizieren. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft geben muss, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

c. Die Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften und Auslandaktivitäten

Es bestehen im schweizerischen Gesellschaftsrecht keine expliziten Pflichten zur Berichterstattung über die Auswirkungen von Aktivitäten von Tochtergesellschaften bzw. Auslandsaktivitäten auf die Menschenrechtslage, jedenfalls solange diese nicht zu Risiken für die Muttergesellschaft mit Sitz in der Schweiz werden.

Im Anwendungsbereich des SCBP könnten die Menschenrechte aber als Teil der corporate governance im Konzern im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird. Im Konzern würde sich die Pflicht auch auf Tochtergesellschaften erstrecken.

2.2.2. Berichterstattungspflicht der Gesellschaft

Im schweizerischen Gesellschaftsrecht gibt es keine gesetzliche Pflicht der Gesellschaft, Bericht über die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf die Menschenrechtslage und über getroffene oder vorgesehene Massnahmen zu erstatten, solange daraus keine Risiken für die Gesellschaft erwachsen. Eine allfällige Berichterstattungspflicht müsste von den Organen der Gesellschaft, namentlich dem Verwaltungsrat, wahrgenommen werden.

Im Anwendungsbereich des SCBP wäre es denkbar, die Menschenrechte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP zu qualifizieren. Gemäss dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

2.2.3. Modalitäten eines allfälligen Rechenschaftsberichts

Das schweizerische Gesellschaftsrecht kennt keine ausdrückliche gesetzliche Berichterstattungspflicht über die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Menschenrechte, jedenfalls solange diese sich nicht in Risiken für die Muttergesellschaft manifestieren. Die Menschenrechte könnten aber als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Gemäss dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft geben muss, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird. Der Prüfungsausschuss ("audit committee") des Verwaltungsrats beurteilt die Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems mit Einbezug des Risikomanagements und macht sich ein Bild vom Stand der Einhaltung der Normen ("compliance") in der Gesellschaft (Ziff. 24 SCBP, 2. Lemma). Der Ausschuss berichtet dem Verwaltungsrat über seine Tätigkeit und die Ergebnisse (Ziff. 21 4. Lemma SCBP).

2.2.4. Zugang zu den Rechenschaftsberichten

Börsenkotierte Unternehmen müssen gemäss Art. 958e Abs. 1 OR die Jahresrechnung und Konzernrechnung nach der Genehmigung durch das zuständige Organ mit den Revisionsberichten entweder im Schweizerischen Handelsamtsblatt SHAB zu veröffentlichen oder jeder Person, die es innerhalb eines Jahres nach der Genehmigung verlangt, auf deren Kosten in einer Ausfertigung zustellen.

Für börsenkotierte Unternehmen gilt zur Aufrechterhaltung der Kotierung zudem eine Pflicht zur periodischen Pflichterstattung (vgl. Art. 49 ff. Kotierungsreglement, KR, der SIX Swiss Exchange AG). Im Rahmen der jährlichen Berichterstattung muss der Emittent den Geschäftsbericht veröffentlichen, welcher den geprüften Jahresabschluss nach dem anwendbaren Rechnungslegungsstandard sowie den zugehörigen Bericht des Revisionsorgans umfasst (Art. 49 KR). Zudem besteht eine Zwischenberichterstattungspflicht, welche die Veröffentlichung der Halbjahresabschlüsse umfasst (Art. 50 KR). Schliesslich besteht gemäss Art. 53 KR eine Informationspflicht ("Ad hoc-Publizität") bei potentiell kursrelevanten Tatsachen (s. oben, Ziff. 2.1.1.b.).

Die übrigen (nicht kotierten) Unternehmen müssen den Gläubigern, die ein schutzwürdiges Interesse nachweisen, Einsicht in den Geschäftsbericht und in die Revisionsberichte gewähren (Art. 958e Abs. 2 OR). Bei den der ordentlichen Revision unterliegenden Gesellschaften (namentlich bei Börsenkotierung bzw. überschreiten der Schwellenwerte; vgl. art. 727 Abs. 1 OR) beinhaltet die Offenlegung auch den Lagebericht im Sinne von Art. 961c OR).

Es besteht keine Pflicht, die Rechenschaftsberichte bei den (kantonalen) Handelsregisterämtern (am Sitz der Gesellschaft) zu hinterlegen.

2.2.5. Revision von Berichten

Als gesetzliche Revisionsarten bestehen die ordentliche Revision (vgl. Art. 727 OR, Art. 727b OR, Art. 728 ff. OR, Art. 730 ff. OR) und die eingeschränkte Revision (Art. 727a OR, Art. 727c OR, Art. 729 ff. OR, Art. 730 ff. OR). Ferner ist unter bestimmten Voraussetzungen ein Verzicht auf die eingeschränkte Revision möglich (vgl. Art. 727a Abs. 2-4 OR). Es gibt folgende Arten von Revisionsstellen: Staatlich beaufsichtigte Revisionsunternehmen als Revisionsstelle für die Prüfung von Publikums-gesellschaften im Rahmen der ordentlichen Revision (Art. 727b Abs. 1 OR); zugelassene Revisions-experten als Revisionsstelle für die Prüfung der übrigen Gesellschaften im Rahmen der ordentlichen Revision (Art. 727b Abs. 2 OR) sowie zugelassene Revisoren als Revisionsstelle für die Prüfung von Gesellschaften, welche der eingeschränkten Revision unterliegen (Art. 727c OR). Gegenstand und Umfang der Prüfung sind bei der ordentlichen Revision in Art. 728a OR und bei der eingeschränkten Revision in Art. 729a OR geregelt. Der Inhalt des Revisionsberichts ergibt sich bei der ordentlichen Revision aus Art. 728b OR, bei der eingeschränkten Revision aus Art. 729b OR (s. oben, Ziff. 2.2.1.a.).

2.2.6. Rechtsfolgen bei fehlender Berichterstattung

Gegebenenfalls können bei unterlassener Berichterstattung die Haftungsbestimmungen von Art. 754 ff. OR zur Anwendung gelangen (Organhaftung). Unter Umständen kann eine strafbare ungetreue Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) vorliegen.

Bei börsenkotierten Gesellschaften kann die Verletzung wichtiger Informationspflichten durch den Emittenten (Art. 49 ff. KR) den Handel der Effekten vorübergehend sistieren (Art. 57 KR). Die Börse kann bei Verletzung der Informationspflichten durch den Emittenten Sanktionen (Verweis, Busse, Sistierung des Handels, Dekotierung, Ausschluss weiterer Kotierungen, Entzug der Anerkennung, etc.) anordnen (s. Art. 60 f. KR).

2.2.7. Reformbestrebungen

Es sind keine Reformbestrebungen im Gange, z.B. mit Bezug auf weitergehende gesetzliche Berichtspflichten.

2.3. Unterstützende Massnahmen

2.3.1. Voraussetzungen der Konstituierung einer Gesellschaft

Für die Gründung einer AG nach Schweizer Recht ist grundsätzlich keine Sorgfaltsprüfung mit Bezug auf Menschenrechte erforderlich. Die AG darf aber selbstredend nicht zu widerrechtlichen oder unsittlichen Zwecken gegründet werden. Ob die Tätigkeit einer AG widerrechtlich oder unsittlich ist, beurteilt sich nicht nur aufgrund der statutarischen Zweckumschreibung, sondern auch nach dem tatsächlich gewollten oder geübten Zweck¹⁷². Eine allfällige Widerrechtlichkeit einer Tätigkeit könnte sich auch aus einer Menschenrechtsverletzung ergeben.

Für die Konstituierung der AG ist keine Berichterstattung bezüglich Menschenrechte erforderlich. Die Gesellschaft darf ihren Betrieb erst mit der Konstituierung aufnehmen.

2.3.2. Voraussetzung der Börseneinführung

Für die Kotierung an der Börse werden gemäss Kotierungsreglement (KR) der SIX Swiss Exchange AG eine Sorgfaltsprüfung mit Bezug auf Menschenrechte und eine diesbezügliche regelmässige Berichterstattung grundsätzlich nicht vorausgesetzt. Allerdings müssen kotierte Gesellschaften die Publizitätspflichten gemäss Art. 4 ff. der RLCG einhalten.

2.3.3. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer "Due Diligence" oder zur Berichterstattung

Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen empfehlen eine generelle Sorgfaltspflicht für zahlreiche Aspekte der Unternehmensführung (vgl. auch unten Ziff. 3.3.2). Darüberhinaus wurde aus Anlass der im Mai 2011 verabschiedeten Aktualisierung der OECD-Leitsätze spezifische Empfehlungen zur Sorgfaltspflicht im Bereich der Menschenrechte integriert. Die Verantwortung, dass Unternehmen die Leitsätze umsetzen liegt beim Staat, wie eine Umsetzung gestaltet wird, im Ermessen der Unternehmen. Die Unterzeichnerstaaten haben alle einen Nationalen Kontaktpunkt eingesetzt, welcher die Kenntnis über die OECD-Leitsätze (u.a. die Empfehlungen zur Sorgfaltspflicht) als auch die Umsetzung der OECD-Leitsätze unterstützt. Konkret wird den Unternehmen empfohlen, geeignete Massnahmen zu treffen, um im Rahmen ihrer eigenen Geschäftsaktivitäten Risiken zu identifizieren und weder Menschenrechtsverletzungen zu verursachen noch dazu beizutragen¹⁷³.

Die OECD-Leitsätze empfehlen ebenfalls eine möglichst umfassende Berichterstattung (vgl. Kapitel 3 Disclosure). Dazu gehören, neben der finanziellen Berichterstattung, u.a. auch "absehbare Risikofaktoren" (f) sowie "Fragen im Hinblick auf Beschäftigte und andere Unternehmensbeteiligte" (g)¹⁷⁴. Nicht zuletzt wird den Unternehmen nahegelegt, in Bezug auf Rechnungslegung sowie Offenlegung finanzieller und nicht finanzieller Informationen, gegebenenfalls einschliesslich Umwelt- und Sozialinformationen, hohe Qualitätsstandards zu Grunde zu legen.

¹⁷² FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 8, N 49.

¹⁷³ OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES, OECD Publishing 2011, Kapitel 4, V (inkl. Kommentar 45).

¹⁷⁴ OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES, OECD Publishing 2011, Kapitel 3, II (inkl. Kommentar 32-35).

Die Schweiz unterstützt auch die *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas*, welche sich an in Konfliktgebieten aktive rohstofffördernde Unternehmen richtet. Die „Guidance“ unterstützt diese Unternehmen, Risiken zu identifizieren, ihre Sorgfaltspflicht für die Lieferkette wahrzunehmen um damit zu verhindern, dass sie mit ihrer Tätigkeit Konflikte indirekt unterstützen oder zu Menschenrechtsverletzungen beitragen. Die "Guidance" wird durch zwei Zusatzdokumente ergänzt, welche auf die spezifischen Herausforderungen beim Abbau und Handel von Gold sowie den Metallen Zinn, Tantal und Wolfram eingehen¹⁷⁵.

2.3.4. Überblick über das Bestehen allfälliger nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

In diesem Bereich (wie auch bei Ziff. 3.3.3.) unterstützt beispielsweise das SECO / WE (Entwicklungszusammenarbeit) zahlreiche Projekte und Label (Fairtrade, etc.).

3. Umweltauswirkungen

3.1. Verpflichtung zur Durchführung einer Due Diligence im Umweltbereich

3.1.1. Pflichten der Gesellschaftsorgane

a. Pflicht zur Untersuchung von Auswirkung der Aktivitäten auf die Umwelt

Es besteht keine konkrete Pflicht der Gesellschaftsorgane, namentlich des Verwaltungsrats (oder der Revisionsstelle), die Gesellschaftsaktivitäten auf Umweltaspekte hin zu untersuchen. Selbstredend haben aber die Gesellschaften die in der Schweiz (und im Ausland) geltende, im öffentlichen Recht normierte Umweltgesetzgebung zu beachten.

Im Anwendungsbereich des SCBP könnten die Umweltaspekte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft geben muss, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

b. Die Berücksichtigung von Auslandaktivitäten insbesondere

Es gibt im schweizerischen Recht keine ausdrückliche Pflicht der Gesellschaft, ihre Aktivitäten im Ausland generell auf ihre Umweltverträglichkeit hin zu überprüfen.

c. Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften

Vgl. oben Ziff. 2.2.1.c.

¹⁷⁵ GRUNDLAGENBERICHT ROHSTOFFE, S. 31. Der Grundlagenbericht wurde unter Leitung von drei Departementen (Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, EDA, Eidgenössisches Finanzdepartement EFD und Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, WBF) erstellt und am 27. März 2013 vom Bundesrat veröffentlicht. Er ist abrufbar unter folgendem Link: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/30133.pdf>.

3.1.2. Pflichten der Gesellschaft als Ganzes

Es kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2.1.2. oben verwiesen werden.

3.1.3. Bestehen von sektoriellen Pflichten

Schweizer Aktiengesellschaften haben die Umweltgesetzgebung zu beachten, soweit sie für ihre Tätigkeit relevant ist. Bei Tätigkeiten, die mit besonderen Risiken für Mensch bzw. Umwelt verbunden sind, gibt es teilweise verschärfte Haftungsbestimmungen¹⁷⁶.

3.1.4. Präzisierungen und Einschränkungen der Untersuchung

Vgl. oben, Ziff. 2.1.1.a.

3.1.5. Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht

Soweit überhaupt eine Pflicht besteht, kämen bei deren Verletzung die unter Ziff. 2.1.5. bzw. Ziff. 2.2.6 beschriebenen Rechtsfolgen in Frage.

3.1.6. Reformbestrebungen

Es sind keine Reformbestrebungen ersichtlich.

3.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Umweltauswirkungen von Auslandstätigkeiten und getroffene Massnahmen

Es kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2.1.1.b. oben verwiesen werden.

3.2.1. Berichterstattungspflicht von Organen

a. Bestehen einer Verpflichtung zur regelmässigen Berichterstattung über Auswirkungen der Gesellschaftstätigkeit auf die Umwelt und getroffene Massnahmen

Es existieren keine ausdrücklichen gesetzlichen Berichterstattungspflichten hinsichtlich der Auswirkungen der Geschäftstätigkeit auf Umweltaspekte.

Im Anwendungsbereich des SCBP könnten Umweltaspekte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

b. Die Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften und Auslandaktivitäten insbesondere

Es bestehen keine expliziten gesetzlichen Pflichten betreffend eine Berichterstattung über die Auswirkungen von Aktivitäten von Tochtergesellschaften bzw. Auslandsaktivitäten mit Bezug auf Umweltbelange.

¹⁷⁶ Z.B. im Bereich der Nutzung der Kernenergie, vgl. Kernenergiehaftpflichtgesetz (KHG; SR 732.44).

3.2.2. Berichterstattungspflicht der Gesellschaft im Umweltbereich

Es existiert keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht der Gesellschaft, Bericht über die Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf die Umwelt und über getroffene bzw. vorgesehene Massnahmen zu erstatten. Eine solche Pflicht müsste letztlich von deren Organen, namentlich dem Verwaltungsrat, wahrgenommen werden.

Im Anwendungsbereich des SCBP könnte der Umweltschutz als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Gemäss dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft geben muss, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird.

3.2.3. Modalitäten eines allfälligen Rechenschaftsberichts

Es besteht keine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zur Erstellung eines Rechenschaftsberichts, weshalb auf die Modalitäten nicht eingegangen werden kann.

Der Schutz der Umwelt könnte als Teil der corporate governance im Sinne von Ziff. 19 des SCBP qualifiziert werden. Nach dieser Bestimmung ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sich mindestens einmal jährlich darüber Rechenschaft zu geben, ob die für ihn und das Unternehmen anwendbaren compliance Grundsätze hinreichend bekannt sind und ihnen dauernd nachgelebt wird. Der Prüfungsausschuss ("audit committee") des Verwaltungsrats beurteilt die Funktionsfähigkeit des internen Kontrollsystems mit Einbezug des Risikomanagements und macht sich ein Bild vom Stand der Einhaltung der Normen ("compliance") in der Gesellschaft (Ziff. 24 SCBP, 2. Lemma). Der Ausschuss berichtet dem Verwaltungsrat über Tätigkeit und Ergebnisse (Ziff. 21 4. Lemma SCBP).

3.2.4. Zugang zu den Rechenschaftsberichten

S. oben, Ziff. 2.2.4.

3.2.5. Revision von Berichten

Es kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2.2.5. oben verwiesen werden.

3.2.6. Rechtsfolgen bei fehlender Berichterstattung

S. oben, Ziff. 2.2.6.

3.2.7. Reformbestrebungen

Es sind keine Reformbestrebungen bekannt.

3.3. Unterstützende Massnahmen

3.3.1. Erstellen eines Berichts als Voraussetzung für die Konstituierung oder die Börseneinführung

Weder für die Gründung und Eintragung ins Handelsregister der AG noch die Kotierung der Aktien an der Börse ist die Erstellung eines Umweltberichts Voraussetzung.

3.3.2. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer "Due Diligence" oder zur Berichterstattung

Die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen empfehlen eine allgemeine Sorgfaltspflicht (Due Diligence), die Unternehmen für ihre Zulieferkette treffen sollten (vgl. Kapitel 2.3.3)¹⁷⁷:

- Unternehmen sollen eine risikogerechte Sorgfaltspflicht ausüben, die tatsächliche wie auch mögliche negative Auswirkungen ihrer Tätigkeit in den von den Leitsätzen abgedeckten Bereichen identifiziert, verhindert oder zumindest abschwächt.
- Unternehmen sollen in erster Linie vermeiden, durch ihre eigene Geschäftstätigkeit nachteilige Auswirkungen im Bereich der Leitsätze zu verursachen, oder dazu einen Beitrag zu leisten.
- Unternehmen sollen ausserdem soweit als möglich ihre Geschäftspartner zu einem mit den OECD-Leitsätzen kompatiblen Verhalten anhalten¹⁷⁸.

Die Umsetzung liegt in der Verantwortung der Unternehmen, die 44 Unterzeichnerstaaten haben jedoch alle einen Nationalen Kontaktpunkt eingesetzt, welcher die Kenntnis über die OECD-Leitsätze (u.a. die Empfehlungen zur Sorgfaltspflicht) als auch die Umsetzung der OECD-Leitsätze unterstützt. Im Übrigen wird auf die Ausführungen unter Ziff. 2.3.3. oben verwiesen.

3.3.3. Überblick über das Bestehen allfälliger nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

Vgl. Kommentar zu 2.3.4.

¹⁷⁷ Die drei Kapitel Steuern, Wettbewerb und Wissenschaft/Technologie sind bis auf weiteres von der Sorgfaltspflicht ausgenommen.

¹⁷⁸ OECD GUIDELINES FOR MULTINATIONAL ENTERPRISES, OECD Publishing 2011, Kapitel 2, X - XII (inkl. Kommentar).

B. DEUTSCHLAND¹⁷⁹

1. Übersicht zur Umsetzung des Grundsatzes einer verantwortungsvollen Unternehmensführung

Wie in den folgenden Abschnitten im Einzelnen ausgeführt wird, sind die UNO Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht gesetzlich umgesetzt worden. Die zuständigen Stellen setzen diesbezüglich eher auf die Selbstregulierung des Marktes. Die jeweiligen Organe einer Gesellschaft unterliegen denn auch jeweils keiner besonderen gesetzlichen Pflicht, dem Schutz der Umwelt und der Menschenrechte gemäss zu handeln; Massstab ihres Verhaltens ist vielmehr das (allerdings relativ breit definierte) Unternehmensinteresse. Auf dem Gebiet des Menschenrechtsschutzes unterliegen die Gesellschaften keinen ausdrücklichen Berichtspflichten. Die Berichtspflichten im Aktiengesetz bezüglich des Umweltschutzes sind deutlicher ausgeprägt. Von grösster tatsächlicher Bedeutung sind letztlich wohl Selbstverpflichtungen von Unternehmen, die auch gerade in der Erwartung vorgenommen worden sind, der Staat werde dann von einer gesetzlichen Regelung absehen.

Die UNO-Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte werden in einigen Publikationen und Stellungnahmen der Bundesregierung erwähnt.¹⁸⁰ Mehrere Bundesministerien haben sich mit den UNO-Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte sowie den Leitlinien der OECD auseinandergesetzt.¹⁸¹ Auf zwei Regelungswerke ist besonders einzugehen.

Der von einer Regierungskommission verabschiedete Deutschen Corporate Governance Kodex¹⁸² betrifft nicht speziell Fragen des Menschenrechts- oder Umweltschutzes, sondern Fragen der

¹⁷⁹ Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

¹⁸⁰ Aktionsplan Menschenrechte der Bundesregierung 2010 bis 2012, Teil D des Neunten Berichts der Bundesregierung über ihre Menschenrechtspolitik in den auswärtigen Beziehungen und in anderen Politikbereichen, Bundestags-Drucksache (BT-Drs.) 17/2840 vom 26. 08. 2010, S. 109 ff., S. 113: Ziff. 11 („Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte achten, schützen und gewährleisten“), 8. Spiegelstrich: „Die Bundesregierung unterstützt weiterhin aktiv den Dialog über und die Umsetzung von menschenrechtlicher Verantwortung von Unternehmen. Sie wird hierfür auch zukünftig mit dem Sonderbeauftragten des Generalsekretärs der VN, Prof. Ruggie, zusammenarbeiten [...] und im Rahmen ihrer Entwicklungspolitik Forschungsaufträge vergeben, konkrete Partnerschaften mit der Wirtschaft verfolgen sowie Dialogforen, wie den Global Compact, der VN in seiner [sic] Arbeit unterstützen.“

¹⁸¹ Z.B. BMZ (Hrsg.), BMZ-Strategiepapier 4/2011, Menschenrechte in der deutschen Entwicklungspolitik. Konzept (im Folgenden: Menschenrechtskonzept des BMZ), abrufbar unter http://www.bmz.de/de/publikationen/themen/menschenrechte/Strategiepapier303_04_2011.pdf (23.10.2013); Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (Hrsg.), CSR Made in Germany (2012), insbesondere H.-J. Otto, S. 46 f.; Bundesministerium für Umwelt (Hrsg.), Broschüre „Nachhaltig und verantwortlich Investieren – ein Leitfaden“, verfügbar unter http://www.bmu.de/service/publikationen/downloads/details/artikel/nachhaltig-und-verantwortlich-investieren-ein-leitfaden/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=1892&cHash=00a493eda9388652baf0570d43f2a3fd (23.10.2013).

¹⁸² Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (Hrsg.), Deutscher Corporate Governance Kodex in der Fassung vom 15. Mai 2012, abrufbar unter http://www.corporate-governance-code.de/ger/download/kodex_2012/D_CorGov_Endfassung_Mai_2012.pdf (23.10.2013) dazu H.-M. Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 4. Aufl., München 2010.

Unternehmensführung, der Pflichtenverteilung innerhalb der Gesellschaft, Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsrat und der Berücksichtigung von Aktionärsinteressen. Für die vorliegende Analyse ist er damit von besonderem Interesse. Börsennotierte Gesellschaften müssen gemäss § 161 Abs. 1 Satz 1 des Aktiengesetzes (AktG) jährlich eine Erklärung darüber abgeben, ob sie den dort niedergelegten Grundsätzen entsprochen haben, und allfällige Abweichungen von diesem Kodex begründen.

Im Oktober 2011 hat ein dazu von der Bundesregierung eingesetzter Expertenrat, der Deutsche Nachhaltigkeitsrat (Rat für nachhaltige Entwicklung), einstimmig den Deutschen Nachhaltigkeitskodex¹⁸³ beschlossen. Der Kodex soll Hilfestellungen zum nachhaltigen Unternehmenshandeln bieten und setzt sich daher auch mit der Inanspruchnahme natürlicher Ressourcen und dem Schutz der Menschenrechte auseinander. Im Zusammenhang mit dem Menschenrechtsschutz bezieht sich der Kodex ausdrücklich auf die UNO-Leitlinien zu Wirtschaft und Menschenrechten (s. unten, 2.2.6). Allerdings entfaltet der Deutsche Nachhaltigkeitskodex nur für diejenigen Unternehmen Wirkungen, die sich ihm freiwillig unterwerfen und erklären, ob und inwieweit sie seinen Bestimmungen entsprechen. Eine Erklärungspflicht im Rahmen des § 161 AktG besteht nicht¹⁸⁴ und scheint auch nicht geplant.¹⁸⁵

Auf der Ebene der Gesetzgebung haben die UNO-Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte bislang keinen Niederschlag gefunden. Es existiert lediglich eine Gesetzinitiative der Opposition, eine Bestimmung in das Aktiengesetz aufzunehmen, dass ein Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft (AG) keine Pflicht gegenüber seiner Gesellschaft verletzt, wenn es „eine unternehmerische Entscheidung auf Grundlage menschenrechtlicher, sozialer oder ökologischer Standards getroffen hat, zu deren Einhaltung sich die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich verpflichtet hat.“¹⁸⁶ Ein Antrag der SPD-Fraktion zur Stärkung der gesellschaftlichen Unternehmensverantwortung (Corporate Social Responsibility) in Deutschland und im Rahmen der EU, Verpflichtung von Unternehmen zur Anfertigung von überprüfbaren Nachhaltigkeitsberichten zu sozialen und ökologischen Aspekten ihrer Geschäftstätigkeit gemäß der OECD-Leitsätze für multinationale Unter-

¹⁸³ Deutscher Nachhaltigkeitskodex, abrufbar unter http://www.nachhaltigkeitsrat.de/uploads/media/RNE_Der_Deutsche_Nachhaltigkeitskodex_DNK_texte_Nr_41_Januar_2012.pdf. (23.10.2013).

¹⁸⁴ Verhalten daher der Ausblick bei A. Hecker & M. Peters, Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, S. 55 (58): „Ob der DNK [Deutscher Nachhaltigkeitskodex] seine Verbindlichkeit – wie vom RNE [Rat für nachhaltige Entwicklung, der den Kodex verfasst hat] erwartet – tatsächlich über den Markt erlangen kann, bleibt abzuwarten.“

¹⁸⁵ Vgl. auch M. Kort, Gemeinwohlbelange beim Vorstandshandeln, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2012, S. 926 (929): „Zu begrüßen ist, dass eine verbindliche Verpflichtung zur Implementierung des Deutschen Nachhaltigkeitskodex oder eine Rechtspflicht zum comply-or-explain in Hinblick auf den Deutschen Nachhaltigkeitskodex nicht vorgesehen ist. Der Deutsche Nachhaltigkeitskodex ist zum einen zu unbestimmt und zum anderen zu weit reichend, als dass er als verpflichtender Mindeststandard für die Aktiengesellschaften oder auch nur für alle börsennotierten AG taugt.“ Der Expertenrat hat der Bundesregierung empfohlen, den ausgearbeiteten Kodex „auf europäischer und globaler Ebene als wichtigen Beitrag zur Zukunftsperspektive des nachhaltigen Wirtschaftens bekannt zu machen“ und in die Diskussion um Nachhaltigkeit auf EU-Ebene einzubringen, Deutscher Nachhaltigkeitskodex, op. cit., S. 4.

¹⁸⁶ Gesetzentwurf der Abgeordneten Volker Beck (Köln) u. a. und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes, Bundestags-Drucksache BT-Drs. 17/11686 vom 28. 11. 2012.

nehmen, Überarbeitung des "Nationalen Aktionsplan CSR", Initiierung eines breiten gesellschaftlichen Dialogs wurde am 31.1.2013 vom Bundestag abgelehnt.¹⁸⁷

2. Menschenrechte

2.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Menschenrechtsbereich

2.1.1. Pflichten der Gesellschaftsorgane

Die Pflichtverteilung innerhalb einer Gesellschaft soll im Folgenden anhand der Aktiengesellschaft dargestellt werden. Die Pflichten innerhalb einer GmbH und einer GmbH & Co. KG mögen von den Pflichten innerhalb einer AG zwar teilweise abweichen, doch ergeben sich daraus für die Zwecke dieses Gutachtens jeweils keine weiteren Konsequenzen.

a. *Übersicht über Pflichtverteilung im Allgemeinen*

Innerhalb der dreiteiligen organisatorischen Gliederung ist die Hauptversammlung der Ort, an dem die Aktionäre ihren gemeinsamen Willen bilden und Beschlüsse fassen. Die **Hauptversammlung** ist insbesondere für die Wahl derjenigen Mitglieder des Aufsichtsrats zuständig, die dorthin nicht entsandt oder von den Arbeitnehmern als Aufsichtsratsmitglieder zu wählen sind (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 AktG)¹⁸⁸, und sie bestimmt bei gewissen Gesellschaften¹⁸⁹ obligatorisch einen Abschlussprüfer.

Die eigentliche **Verwaltung** der AG obliegt dem Vorstand und dem Aufsichtsrat. Der **Aufsichtsrat** setzt sich aus Vertretern der Anteilseigner sowie, in Gesellschaften mit mindestens 500 Arbeitnehmern, Vertretern der Beschäftigten zusammen,¹⁹⁰ die jeweils gleiche Rechte und Pflichten

¹⁸⁷ S. <http://offenesparlament.de/ablauf/17/48719>

¹⁸⁸ So Th. Raiser/R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op. cit., § 16 Rz. 3; Demgegenüber hat die Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat nach § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG heute im Wesentlichen symbolischen Charakter, da gemäss § 120 Abs. 2 Satz 2 AktG diese Entlastung keinen Verzicht auf Schadensersatzansprüche bedeutet und damit rechtlich keine erhebliche Funktion mehr hat, vgl. Th. Raiser/R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op. cit., § 16 Rz. 5; demnach ist die ratio dieser Regelung, dass die Hauptversammlung in aller Regel nur über sehr begrenzte Informationen verfügt und daher Pflichtverletzungen durch Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat oft erst nach längerer Zeit bekannt werden. Gemäss § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG kann die AG daher frühestens drei Jahre nach Entstehung eines Schadensersatzanspruchs gegen ein Vorstandsmitglied auf diesen Anspruch wirksam verzichten. Vgl. auch A. Jäger, *Aktiengesellschaft*, op. cit., § 24 Rz. 7 sowie § 16 Rz. 4 zur relativen Bedeutungslosigkeit der Entscheidung über den Bilanzgewinn, die der Hauptversammlung nach § 119 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

¹⁸⁹ Gemäss § 316 HGB für sämtliche Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte sowie für die Jahresabschlüsse und Lageberichte von Kapitalgesellschaften, die nicht „klein“ im Sinne des § 267 Abs. 1 HGB; § 267 Abs. 1 HGB lautet: „Kleine Kapitalgesellschaften sind solche, die mindestens zwei der drei nachstehenden Merkmale nicht überschreiten:

1. 4 840 000 Euro Bilanzsumme nach Abzug eines auf der Aktivseite ausgewiesenen Fehlbetrags (§ 268 Abs. 3).
 2. 9 680 000 Euro Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag.
- Im Jahresdurchschnitt fünfzig Arbeitnehmer.“

¹⁹⁰ Das Verhältnis von Vertretern der Anteilseigner zu Arbeitnehmervertretern ist abhängig von der Zahl der Beschäftigten der AG und ist in den einzelnen Mitbestimmungsgesetzen (Drittelbeteiligungsgesetz, Mitbestimmungsgesetz, Montanmitbestimmungsgesetz, Mitbestimmungsergänzungsgesetz) im

haben. Die Mitglieder sind an keine Weisungen oder Aufträge gebunden. Der Aufsichtsrat nimmt im Wesentlichen überwachende Funktionen wahr (§ 111 Abs. 1 und 4 AktG)¹⁹¹. Er hat aber neben dieser grundsätzlichen Aufgabe einige sehr konkrete und sehr **bedeutsame Befugnisse** (Einsetzen und Abberufen der Vorstandsmitglieder,¹⁹² Feststellen des Jahresabschlusses mit dem Vorstand¹⁹³),¹⁹⁴

Die Geschäfte werden durch den Vorstand geführt. Der Vorstand hat bei seiner Geschäftsführung gemäss § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden“. § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG normiert hierzu die sogenannte *business judgment rule*.¹⁹⁵ Die Pflichten des Vorstands hinsichtlich der Art und Weise der Geschäftsführung sind im Gesetz also nur als Generalklauseln formuliert, bei deren Ausfüllung wiederum dem Vorstand selbst erheblicher Spielraum zukommt. Der von einer Regierungskommission verabschiedete **Deutsche Corporate Governance Kodex** (s. oben, 1.) enthält zwar nach der Lehre keine wesentlichen Konkretisierungen oder Veränderungen,¹⁹⁶ stellt er klar, dass der Vorstand das Unternehmen unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder) mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung im Unternehmensinteresse » leitet.¹⁹⁷

Der Vorstand einer AG ist nicht nur zur Beachtung der **allgemeinen Sorgfalt** nach dem Massstab eines **ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters** verpflichtet, sondern ausdrücklich auch zur

Einzelnen festgelegt. Eine Ausnahme gilt für politische, konfessionelle und ähnliche sogenannte Tendenzbetriebe (zum Begriff Th. Raiser/R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op. cit., § 4 Rz. 8), bei denen keine Mitbestimmung der Beschäftigten über den Aufsichtsrat stattfindet.

¹⁹¹ Kritisch hierzu, unter der Überschrift „Eine persönliche Randnotiz“, A. Jäger, *Aktiengesellschaft*. Unter besonderer Berücksichtigung der KGaA, München 2004, § 20 Rz. 28: „Aber da ist ja noch der Aufsichtsrat, der die Geschäftsführung durch den Vorstand überwachen soll. Seine Mitglieder sind häufig überfordert, weil sie im Bilanzlesen nicht geschult sind und in vielen Fällen das Geschäft des Unternehmens nicht im erforderlichen Maß verstehen. Stattdessen gehören sie Interessengruppen an, die wie Banken, institutionelle Investoren, Arbeitnehmer oder Kooperationspartner teilweise andere Zielsetzungen als die Eigentümer der Gesellschaft verfolgen.“

¹⁹² § 84 Abs. 3 Sätze 1-2: „Der Aufsichtsrat kann die Bestellung zum Vorstandsmitglied und die Ernennung zum Vorsitzenden des Vorstands widerrufen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund ist namentlich grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsmässigen Geschäftsführung oder Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung, es sei denn, dass das Vertrauen aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen worden ist.“ Diese Aufzählung ist nicht abschliessend. Für Beispiele einer groben Pflichtverletzung vgl. B. Dauner-Lieb, in Henssler/Stroh, *Gesellschaftsrecht*, op. cit., § 84 AktG Rz. 32; Th. Raiser/R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, op. cit., § 14 Rz. 58, jeweils m. w. N.

¹⁹³ § 172 AktG.

¹⁹⁴ S. auch § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

¹⁹⁵ „Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

¹⁹⁶ A. v. Werder & M. Lutter, in H.-M. Ringleb et al., *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, op. cit., Rz. 457: „Der Kodex erweitert diese Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat allenfalls geringfügig [...], will und kann sie aber auch nicht verkürzen.“

¹⁹⁷ *Corporate Governance Kodex*, 4.1.1.

Einrichtung eines Risikomanagementsystems (§ 91 Abs. 2 AktG).¹⁹⁸ Eine genauere Konkretisierung der Pflichten, die sich hieraus für den Vorstand ergeben, hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen.¹⁹⁹ Der Deutsche Corporate Governance Kodex hat in seiner überarbeiteten Fassung von 2009 darüber hinaus im Zusammenhang mit den Aufgaben des Vorstands den Begriff der *Compliance* eingeführt: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“²⁰⁰ Welchen Inhalts diese unternehmensinternen Richtlinien sind oder sein können, wird damit nicht näher bestimmt. Es handelt sich hierbei um Ethik-Richtlinien, die sich „unter dem Gesichtspunkt der Corporate Social Responsibility auch in Deutschland wachsender Beliebtheit“ erfreuen.²⁰¹ Ihre Ausgestaltung und Anwendung wird letztlich ebenfalls unter dem Stichwort der Berücksichtigung des Unternehmensinteresses zur Pflicht für den Vorstand.²⁰²

Besondere Pflichten ergeben sich für den Vorstand im Rahmen von Käufen und Übernahmen anderer Unternehmen: Grundsätzlich muss der Vorstand das Zielunternehmen einer wirtschaftlichen und rechtlichen Prüfung unterziehen, um die Risiken des Geschäfts angemessen beurteilen zu können (*Due Diligence*).²⁰³ Führt der Vorstand eine solche *Due Diligence*-Prüfung nicht durch, handelt es sich regelmässig um eine zumindest fahrlässige Pflichtverletzung.²⁰⁴

¹⁹⁸ § 91 Abs. 2 AktG lautet: „Der Vorstand hat geeignete Maßnahmen zu treffen, insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten, damit den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen früh erkannt werden.“

¹⁹⁹ Vgl. A. Jäger, Aktiengesellschaft, op. cit., § 21 Rz. 74 f., demzufolge teilweise auch davon ausgegangen wird, die Bestimmung des § 91 Abs. 2 AktG sei deklaratorischer Natur und füge der grundsätzlichen Pflicht des Vorstands, im Interesse der Gesellschaft zu handeln, keine weitere Pflicht hinzu; ähnlich H.-J. Mertens & A. Cahn, in W. Zöllner & U. Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd. 2/1, Köln 2010, § 91 Rz. 1: „Indessen hatte der Vorstand bereits vor Einführung der Bestimmung die Pflicht, für eine angemessene Krisenfrüherkennung Sorge zu tragen. Andererseits haben selbst die über § 91 Abs. 2 AktG hinausgehenden Pflichten nach § 25a KWG nicht verhindert, dass während der Finanzmarktkrise der Bestand mehrerer Kreditinstitute gefährdet wurde. Ob § 91 Abs. 2 AktG wesentlich dazu beiträgt, Unternehmenskrisen vorzubeugen, ist daher fraglich.“

²⁰⁰ Deutscher Corporate Governance Kodex, op. cit., Nr. 4.1.3.

²⁰¹ H.-M. Ringleb, in H.-M. Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, op. cit., Rz. 615c.

²⁰² H.-M. Ringleb, in H.-M. Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, op. cit., Rz. 615c.

²⁰³ G. Wiesner, in M. Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, op. cit., § 19 Rz. 24. Vgl. W. Beisel, in Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf. Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 6. Aufl., München 2009, Kapitel 2 Rz. 3: „Als Ziel kann definiert werden, Informationen zu erlangen über

- das allgemeine Geschäftsfeld der Zielgesellschaft,
- die Art und Weise, in der die Geschäfte in der Vergangenheit seitens der früheren Führungspersonen geführt wurden,
- ob die Geschäfte nach allgemeinen Standards oder besonderen Methoden aufgrund gewisser Umstände, Rechte oder Vermögensgegenstände geführt werden, über welche der Käufer entweder verfügen oder nicht verfügen kann,
- aktuelle und erwähnenswerte Verbindlichkeiten bzw.
- Interessen von dritten Personen und Gesellschaften“; vgl. auch W. Klöpffer, in C. E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, 2. Aufl., München 2010, § 28 Rz. 14, 15.

²⁰⁴ W. Klöpffer, in C. E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, op. cit., § 28 Rz. 15.

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass die mit der Geschäftsführung betrauten Organe von Gesellschaften bei der Führung der Geschäfte der **Pflicht** unterliegen, **Risiken für die Gesellschaft zu berücksichtigen** und jedenfalls solche Risiken zu vermeiden, die die Gesellschaft in ihrem Bestand bedrohen können.

b. Pflicht zur Untersuchung von Auswirkung der Aktivitäten auf Menschenrechte

Eine ausdrückliche allgemeine Pflicht aus Gesetz oder Verordnung, die Auswirkungen der eigenen Geschäftsführung auf Menschenrechte zu untersuchen, besteht für die Organe des Unternehmens **nicht**. Sie besteht für börsenkotierte Gesellschaften nur (aber immerhin) indirekt insofern, als die Organe verpflichtet sind, zum **Wohle der Gesellschaft** zu handeln. Im Deutschen Corporate Governance Kodex heisst es unter Ziff. 4.1.1: „Der Vorstand leitet das Unternehmen mit dem Ziel nachhaltiger Wertschöpfung in eigener Verantwortung und im Unternehmensinteresse, also unter Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, seiner Arbeitnehmer und der sonstigen dem Unternehmen verbundenen Gruppen (Stakeholder).“ Der Kodex hat damit im Jahr 2009 bewusst und ausdrücklich eine **Abkehr vom alleinigen Abstellen auf das Interesse der Aktionäre** vollzogen.²⁰⁵ Indes wird durch diese Bestimmung nicht die Achtung von Menschenrechten als solchen gefordert, sondern sofern und soweit es dem **Unternehmensinteresse** insgesamt entspricht.

Aus Reputations- und Risikomanagements-Erwägungen lässt sich aber durchaus ein aktives Vorgehen zur Achtung der Menschenrechte begründen.²⁰⁶ Daraus lässt sich jedoch **keine allgemeine rechtliche Verpflichtung zu einer konkreten Überprüfung** der Auswirkungen der Geschäftsführung auf Menschenrechte ableiten. Eine gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zum Schutz von Menschenrechten könnte sich allenfalls im Einzelfall daraus ergeben, dass ihre Missachtung dem Unternehmensinteresse entgegenwirke.

c. Die Berücksichtigung von Auslandaktivitäten und von Aktivitäten von Tochtergesellschaften insbesondere

Hinsichtlich der Berücksichtigung von Menschenrechten durch Organe der Gesellschaft ergeben sich **keine Besonderheiten bei Auslandsaktivitäten**. Auch hier ist die Menschenrechtssituation nur dann für die Geschäftsführung von Belang, sofern und soweit sie Auswirkungen auf das Unternehmensinteresse hat.

Ist ein Konzern (§ 18 AktG) dergestalt begründet worden, dass zwischen dem Tochterunternehmen und dem Mutterunternehmen ein **Beherrschungsvertrag**²⁰⁷ zustande gekommen ist, so kann der Vorstand des Mutterunternehmens dem Vorstand des Tochterunternehmens gemäss § 308 Abs. 1 AktG Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft erteilen. § 309 Abs. 1 AktG bestimmt, dass bei Vorliegen eines solchen Beherrschungsvertrags die gesetzlichen Vertreter des Mutterunternehmens bei der Erteilung von Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Dementsprechend können sie in Einzelfällen – wenn anderenfalls nachteilige Folgen für die Tochtergesellschaft drohen – gehalten sein, die Auswirkungen von Aktivitäten des Tochterunternehmens auf die Menschenrechtssituation zu berücksichtigen. Dies ist allerdings nicht als haftungsrelevante Schutzpflicht gegenüber den

²⁰⁵ H.-M. Ringleb, in H.-M. Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, op. cit., Rz. 605.

²⁰⁶ S. dazu Deutsches Global Compact Netzwerk (Hrsg.), Menschenrechte achten, op. cit., S. 61 f.

²⁰⁷ Dies ist nach der Legaldefinition des § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG ein Vertrag, „durch [den] eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt“.

betroffenen Menschen zu verstehen, sondern als Sorgfaltspflicht gegenüber dem weisungsgebundenen Tochterunternehmen.

2.1.2. Pflichten der Gesellschaft als Ganzes

Neben den Organen kann auch die rechtsfähige Gesellschaft an sich Trägerin von Rechten und Pflichten sein. Direkte **Pflichten der Gesellschaft als Ganzes** zur Berücksichtigung von Menschenrechten bei ihren Aktivitäten **bestehen aber nicht**. Auch die verfassungsmässige **Sozialbindung von Eigentum** in Art. 14 Abs. 2 des Grundgesetzes (GG) („Eigentum verpflichtet“) vermag keine generelle Pflicht zum Schutz der Menschenrechte zu begründen.²⁰⁸ Vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) wurde die Sozialbindung des Art. 14 Abs. 2 GG immerhin herangezogen, um Einschränkungen der Position der Anteilseigner einer Gesellschaft durch die Einführung der qualifizierten Unternehmensmitbestimmung im Jahr 1976 zu rechtfertigen, wobei nach Ansicht des BVerfG daraus keine paritätische oder gar überparitätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer ableitbar sei.²⁰⁹

Unternehmen sind also grundsätzlich **nicht grund- oder menschenrechtsverpflichtet**. Einzelne Regelungen, die einen **faktischen Schutz bestimmter Menschenrechte** zur Folge haben, finden sich beispielsweise auf dem Gebiet des **Arbeitsrechts**. So wird im Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) etwa das menschenrechtliche Verbot der Kinderarbeit gesetzlich ausgestaltet. Diese Regelung findet indes grundsätzlich nur Anwendung auf Personen, die innerhalb des Gebietes der Bundesrepublik beschäftigt werden.²¹⁰ Es handelt sich auch nicht um eine Verpflichtung zur Sorgfaltsprüfung, sondern um eine konkrete Handlungs- bzw. Unterlassungsanweisung.

Auslandsaktivitäten unterliegen keinen höheren Anforderungen als Inlandsaktivitäten. Im Gegenteil sind viele gesetzliche Regelungen, die menschenrechtliche Bestimmungen konkretisieren, auf im Ausland gelagerte Sachverhalte nicht anwendbar. Eine besondere Pflicht zur menschenrechtlichen Prüfung von Auslandsaktivitäten besteht also nach deutschem Recht nicht.

Hinsichtlich der Aktivitäten von **Tochtergesellschaften** wird auf 2.1.1 lit. c verwiesen.

2.1.3. Bestehen von sektoriellen Pflichten

Soweit ersichtlich bestehen keine auf bestimmte Sektoren beschränkte gesetzliche Pflichten zur Durchführung einer Due Diligence im Menschenrechtsbereich (s. allerdings 3.3.).

2.1.4. Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht

Wenn ein Vorstandsmitglied seine Pflichten zur ordnungsgemässen und gewissenhaften Geschäftsführung gegenüber dem Unternehmen verletzt, kann sich hieraus im Einzelfall ein **Schadensersatzanspruch** der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied ergeben. Ein entsprechender

²⁰⁸ Corporate Law Project, Jurisdiction: Germany, abrufbar unter <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-germany-clifford-chance-for-ruggie-sep-2010.pdf>, S. 10 (23.10.2013).

²⁰⁹ BVerfG, Urteil vom 1. März 1979, 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, abgedruckt in der amtlichen Entscheidungssammlung des BVerfG (BVerfGE) 50, S. 343 ff.; vgl. hierzu H.-J. Papier, in Maunz/Dürig, Grundgesetz, 40. Lieferung, München 2002, Art. 14 Rz. 498-501 m. w. N.

²¹⁰ K. Tillmanns, in Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 5. Aufl., Köln 2012, § 1 JArbSchG Rz. 15 f.

Schadensersatzanspruch kann angesichts der *business judgment rule* jedoch erst dann überhaupt entstehen, wenn und soweit der Vorstand bei der Geschäftsführung nicht die Voraussetzungen seiner rechtmässigen Ermessensausübung eingehalten, mithin Entscheidungen getroffen hat, die nicht der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers (§ 93 Abs. 1, 2 AktG) entsprochen haben.²¹¹

2.1.5. Reformbestrebungen

Derzeit scheint nur die eingangs bereits erwähnte Gesetzesinitiative der Bundestagsfraktion von Bündnis 90/Die Grünen zu existieren. Auch diese Initiative zielt nicht darauf ab, eine Verpflichtung zur Achtung von Menschenrechten gesetzlich zu verankern. Sie will nur klarstellen, dass Vorstandsmitglieder einer AG keine Pflicht gegenüber ihrer Gesellschaft verletzen, wenn sie im Rahmen ihrer Geschäftsführung menschenrechtliche Standards beachten, zu deren Einhaltung die Bundesrepublik Deutschland vertraglich verpflichtet ist. Auch wenn eine entsprechende Massnahme der Geschäftsführung für die AG wirtschaftlich ungünstig ist – und damit möglicherweise nicht dem „Unternehmensinteresse“ entspricht –, soll kein Schadensersatzanspruch der Gesellschaft oder der Aktionäre gegen die verantwortlichen Vorstandsmitglieder bestehen. Eine darüber hinausgehende Regelung, die etwa die Einhaltung menschenrechtlicher Standards vorschreibe und davon abweichende Entscheidungen als Pflichtverletzung klassifizierte, liegt derzeit nicht einmal als Initiative vor.

2.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandsaktivitäten und getroffene Massnahmen

2.2.1. Berichterstattungspflicht

Die wichtigste gesellschaftsrechtliche Berichtspflicht ist die des Vorstands einer AG gegenüber dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG). Nur durch diese regelmässigen Berichte kann der Aufsichtsrat seine Überwachungsfunktion wahrnehmen. Dabei ist die Regelung des § 90 AktG nicht abschliessend zu verstehen. Vielmehr können weitere, ungeschriebene Berichtspflichten überall dort angenommen werden, wo der Aufsichtsrat eine Entscheidung zu treffen hat, für die er entsprechender Informationen durch den Vorstand bedarf.²¹²

Die Berichterstattungspflicht nach § 90 AktG dient aber nicht nur den Informationsinteressen des Aufsichtsrats und damit den Interessen der Gesellschaft selbst, sondern darüber hinaus auch dem öffentlichen Interesse. Aus diesem Grund können die gesetzlich normierten Pflichten in der Satzung der AG nicht eingeschränkt, sondern nur ausgeweitet werden.²¹³

Die allgemeine Berichterstattungspflicht wird für den Vorstand einer AG durch § 264 Abs. 1 HGB präzisiert, wonach der Vorstand einer AG jährlich einen Jahresabschluss sowie einen Lagebericht vorlegen muss. In Umsetzung der EU-Rechnungslegungsrichtlinie berücksichtigt der Lagebericht soweit eine grosse Gesellschaft betroffen ist gemäss § 289 Abs. 3 HGB auch sogenannte nichtfinanzielle Leistungsindikatoren. Ausdrücklich als Beispiele solcher Indikatoren werden im Gesetz „Umwelt- und Arbeitnehmerbelange“ benannt. Konkrete Hinweise auf Angaben zur Menschenrechtssituation in Lageberichten finden sich in der Literatur nicht. Immerhin können nach der Lehre „[a]uch immaterielle Werte oder die gesellschaftliche Reputation des Unternehmens (...)“

²¹¹ K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, op. cit., S. 815.

²¹² G. Spindler, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Band 3, München 2008, § 90 Rz. 3.

²¹³ G. Spindler, in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, op. cit., § 90 Rz. 8.

zu den berichtspflichtigen nichtfinanziellen Leistungsindikatoren gehören. Nach DRS 15 Tz. 170 [= Deutscher Rechnungslegungs Standard 15, Textziffer 170] zählen zu den immateriellen Werten Informationen über Kundenzufriedenheit und Lieferantenkontakte, über Investor- und Kapitalmarktbeziehungen, Standortfaktoren oder Organisationsvorteile. Im Bereich der gesellschaftlichen Reputation kann es auf wichtige karitative oder soziale Aktivitäten, die Corporate Social Responsibility oder die Unternehmensstruktur ankommen.²¹⁴ Eine Pflicht zur Berichterstattung über Menschenrechte besteht also nur dann, wenn und soweit entsprechende Informationen als so bedeutsam für die Reputation des Unternehmens erachtet werden, dass sie zu den nichtfinanziellen Leistungsindikatoren zu zählen sind.

Zu bemerken ist schliesslich, dass nach § 289a HGB u.a. börsennotierte Aktiengesellschaften eine Erklärung zur Unternehmensführung in ihren Lagebericht aufnehmen müssen, mit der u.a. (wie in § 161 AktG verlangt) zur Berücksichtigung oder Gründe für die Nichtberücksichtigung des Corporate Governance Kodex ausgeführt wird und wonach auch relevante Angaben zu über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehenden Unternehmensführungspraktiken enthält.

Die Ausformulierung im Deutschen Corporate Governance Kodex²¹⁵ unterscheidet sich von der gesetzlichen Regelung vor allem durch die Erwähnung der *Compliance*.²¹⁶ Die Berichtspflichten des Vorstands eines Unternehmens, für das der Deutsche Corporate Governance Kodex verbindlich ist, erstrecken sich somit auch auf die Einrichtung und Umsetzung unternehmensinterner Ethik-Richtlinien und ähnlicher Programme. Auch hier wird freilich der Inhalt derartiger Bestimmungen nicht weiter spezifiziert.

Auf der Ebene des *soft law* existieren menschenrechtliche Berichtspflichten bei denjenigen Unternehmen, die sich freiwillig dem Deutschen Nachhaltigkeitskodex angeschlossen haben.²¹⁷ Die menschenrechtlichen Berichtspflichten sind im Kodex wie folgt ausformuliert: „Das Unternehmen legt offen, welche Maßnahmen für die Lieferkette ergriffen werden, um zu erreichen, dass die Menschenrechte geachtet und Zwangs- und Kinderarbeit sowie jegliche Form der Ausbeutung verhindert werden (z. B. United Nations ‚Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human

²¹⁴ K. W. Lange, in Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, op. cit., § 289 Rz. 131,

²¹⁵ Deutscher Corporate Governance Kodex, op. cit., Ziff. 3.4.

²¹⁶ Vgl. hierzu M. Lutter, in H.-M. Ringleb et al., Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex, op. cit., Rz. 381: „Ihre [d. h. der *Compliance*] Bedeutung ist [...] gar nicht hoch genug einzuschätzen.“

²¹⁷ <http://www.nachhaltigkeitsrat.de/projekte/eigene-projekte/deutscher-nachhaltigkeitskodex/?subid=6690&cHash=41c117e7ec> (20.10.2013); Entsprechenserklärungen liegen demnach vor von Allianz SE, BASF SE, Bayer AG, Berliner Stadtreinigung, Bilfinger SE, BMW Group, Coca-Cola Deutschland, Daimler AG, Deutsche Bahn AG, Deutsche Börse AG, Deutsche Telekom AG, E.ON SE, EnBW AG, Evonik Industries AG, Flughafen München GmbH, Fraunhofer UMSICHT, FRoSTA AG, Hamburger Hafen und Logistik AG, HEAG Südthessische Energie AG (HSE), HOWOGE Wohnungsbaugesellschaft mbH, HypoVereinsbank, Igefa, Linde AG, MAN SE, Otto Group, Piepenbrock Unternehmensgruppe, Puma SE, REWE Group, RWE AG, Siemens AG, Steinbeis Papier, Studiosus Reisen München GmbH, Tchibo GmbH, Triodos Bank N.V., TÜV Rheinland, Unilever Deutschland, Vaude, Volkswagen, Wüstenrot & Württembergische AG. DAX-Unternehmen, die keine Entsprechenserklärung abgegeben haben, sind Adidas AG, Beiersdorf Aktiengesellschaft, Commerzbank AG, Continental AG, Deutsche Bank AG, Deutsche Lufthansa AG, Deutsche Post AG, Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA, Fresenius SE & Co. KGaA, HeidelbergCement AG, Henkel AG & Co. KGaA, Infineon Technologies AG, K+S Aktiengesellschaft, LANXESS AG, Merck KGaA, Münchener Rück AG, SAP AG, ThyssenKrupp AG.

Rights“, Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation (ILO), United Nations Arbeits- und Sozialstandards).“²¹⁸

Die **Gesellschaft selbst** unterliegt keiner gesetzlichen Verpflichtung zur regelmässigen Berichterstattung über Auswirkungen ihrer Tätigkeiten auf die Menschenrechtslage und über getroffene oder projektierte einschlägige Massnahmen.

Für den Lagebericht der **Tochtergesellschaften** sehen – soweit ein Konzern besteht (s. oben, 2.1.1., c.) die Vorschriften über die **Konzernberichterstattung** insbesondere bezüglich der nichtfinanziellen Leistungsindikatoren (§ 315 HGB) analoge Vorschriften wie für den ordentlichen Lagebericht vor.

2.2.2. Zugang zu den Rechenschaftsberichten und Revision

Der oben (2.2.1.) erwähnte Lagebericht muss nicht nur den Gesellschaftern der AG (spätestens in der Hauptversammlung, § 176 AktG) zugänglich gemacht, sondern gemäss § 325 HGB auch beim Betreiber des **Handelsregisters** eingereicht werden. Gemäss § 325 Abs. 2 HGB müssen grosse Kapitalgesellschaften ihren Bericht überdies im elektronischen **Bundesanzeiger** bekannt machen lassen. Der Bundesanzeiger ist ein vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenes Amtsblatt. Die dort veröffentlichten Angaben können von jedermann eingesehen werden. Mithin ist der dort bekanntgemachte Lagebericht **allgemein zugänglich**.

Die Lageberichte der Konzerne sowie der grossen und mittelgrossen Kapitalgesellschaften sind gemäss § 316 Abs. 1, 2 HGB jeweils durch einen²¹⁹ **Abschlussprüfer** zu überprüfen (s. zum Prüfungsumfang § 317 Abs. 2 Satz 1 HGB). Entscheidend ist dabei der **Gesamteindruck**, den der Prüfer im Rahmen seiner Prüfung gewonnen hat.²²⁰ Der Abschlussprüfer ist demnach **nicht gehalten**, im Einzelnen **nachzuprüfen**, ob allfällige Angaben im Lagebericht über die Auswirkungen des Unternehmenshandelns auf die Menschenrechtssituation der Wahrheit entsprechen oder nicht.

2.2.3. Rechtsfolgen bei fehlender Berichterstattung

Sofern und soweit eine Berichtspflicht nach § 289 HGB besteht, kann eine Verletzung dieser Pflicht als **Ordnungswidrigkeit** oder gar als **Straftat** geahndet werden (§ 331 Nr. 1 HGB). Gemäss dem Bundesverfassungsgericht ist eine unrichtige Wiedergabe oder Verschleierung nicht auf wirtschaftliche Verhältnisse beschränkt,²²¹ in der Literatur wird aber eine gewisse Erheblichkeit

²¹⁸ Deutscher Nachhaltigkeitskodex, op. cit., Ziff. 17.

²¹⁹ Diese gesetzliche Formulierung wird allgemein nicht als zahlenmässige Bestimmung, sondern als unbestimmter Artikel verstanden. Es können also auch jeweils mehrere Abschlussprüfer sein, vgl. W. F. Ebke, in Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, op. cit., § 316 Rz. 24 m. w. N.

²²⁰ W. F. Ebke, in Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, op. cit., § 317 Rz. 73.

²²¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 15. August 2006, 2 BvR 822/06: „Was die ‚Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft‘ sind, erschließt sich einer am Wortsinn des Begriffes orientierten Interpretation. Es sind dies die im Schrifttum zu § 331 Nr. 1 HGB genannten wirtschaftlichen, sozialen, politischen oder sonstigen Umstände, die für die gegenwärtige Situation der Gesellschaft oder ihre künftige Entwicklung von Bedeutung sind oder von Bedeutung sein können [...]. Dem Beschwerdeführer ist darin Recht zu geben, dass diese Definition zu einem weiten Anwendungsbereich der Strafvorschrift führt. Nur ist dies kein Problem der Normbestimmtheit, sondern der Normintention. Es mag diskussionswürdig sein, ob es angemessen ist, Falschangaben über sämtliche Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft unter Strafe zu stellen, oder ob nicht der Bereich strafbaren Verhaltens [...] auf die unrichtige Darstellung oder Verschleierung der wirtschaftlichen Verhältnisse beschränkt werden sollte. Art. 103 Abs. 2 GG schützt den Normbetroffenen nicht vor dem Inhalt oder dem Regelungsgehalt eines Strafgesetzes. Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach betont, dass selbst sachlich missglückte

verlangt.²²² Konkrete Fälle sind im Rahmen dieser Untersuchung nicht bekanntgeworden. Die **Gesellschaft als solche** wird für eine allfällige Missachtung von Berichtspflichten durch ihren Vorstand oder Aufsichtsrat nicht bestraft.

Die Berichtspflichten, die sich aus dem **Deutschen Nachhaltigkeitskodex** ergeben, sind nicht sanktionsbewehrt. Sie basieren auf freiwilliger Übernahme und freiwilliger Erfüllung.

2.2.4. Reformbestrebungen

Ein Antrag der SPD-Fraktion zur Stärkung der gesellschaftlichen Unternehmensverantwortung (Corporate Social Responsibility) in Deutschland und im Rahmen der EU, Verpflichtung von Unternehmen zur Anfertigung von überprüfbaren Nachhaltigkeitsberichten zu sozialen und ökologischen Aspekten ihrer Geschäftstätigkeit gemäß der OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, Überarbeitung des "Nationalen Aktionsplan CSR", Initiierung eines breiten gesellschaftlichen Dialogs wurde am 31.1.2013 vom Bundestag abgelehnt.²²³ Abgesehen davon sind keine Reformprojekte bekannt.

2.3. Unterstützende Massnahmen

2.3.1. Voraussetzungen der Konstituierung oder Börseneinführung einer Gesellschaft

Weder die Durchführung einer *Human Rights Due Diligence* noch eine regelmässige Berichterstattung sind Voraussetzung für die Konstituierung oder Börseneinführung als Gesellschaft.

2.3.2. Weitere staatliche Massnahmen

Die Bundesregierung zieht einer gesetzlichen Regelung die Etablierung von *soft law* vor, das die beteiligten Akteure vermöge ihrer eigenen Zustimmung binden und zur Förderung von Menschenrechten und Umweltschutz bewegen soll. Zu diesem Zweck bestehen mehrere staatliche Initiativen und Foren.

Der **Deutsche Nachhaltigkeitskodex** (vgl. schon 2.2.1) soll Unternehmen auf freiwilliger Basis zu nachhaltigem Verhalten bewegen. Der **Runde Tisch Verhaltenskodizes**²²⁴ versammelt unter maßgeblicher Beteiligung der Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) und des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (BMZ) verschiedene

Strafbestimmungen, gemessen an Art. 103 Abs. 2 GG, verfassungsgemäß sind, wenn sie die Voraussetzungen strafbaren Tuns oder Unterlassens hinreichend deutlich umschreiben [...].“

²²² So mit gesetzessystematischer Argumentation (Vergleich mit Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 334 HGB) D. Quedenfeld, in Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, op. cit., § 331 Rz. 49 f.; zuübrigen Kontroversen in der Literatur s. G. Dannecker, in C.-W. Canaris et al. (Hrsg.), Staub Handelsgesetzbuch Großkommentar, 5. Aufl., Band 7.2 (2012), § 331 Rz. 49 und D. Quedenfeld, in Münchener Kommentar Handelsgesetzbuch, op. cit., § 331 Rz. 48: „[Den verfassungsrechtlichen Bedenken] ist dadurch Rechnung zu tragen, dass der Begriff unter Berücksichtigung der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit restriktiv interpretiert wird. Wenn der Schutzbereich der Norm außer dem Schutz der Gesellschaft selbst, dh. ihrer Existenz, auch dem Schutz derer dient, die in wirtschaftlicher und rechtlicher Beziehung zu der Gesellschaft stehen oder in eine solche treten wollen, dann können Verhältnisse im Sinne dieses Schutzgesetzes nur solche sein, die einen wirtschaftlichen Bezug haben und so für die Beurteilung der wirtschaftlichen Situation relevant sind. Die Verhältnisse können die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft betreffen.“

²²³ S. <http://offenesparlament.de/ablauf/17/48719> (23.10.2013).

²²⁴ <http://www.coc-runder-tisch.de/index.php> (23.10.2013).

Vertreter aus Privatwirtschaft, Gewerkschaften, nichtstaatlichen Organisationen, Bundesministerien und internationalen Organisationen, um gemeinsam auf die **Einhaltung von Sozialstandards in globalen Lieferketten** hinzuwirken. Dies soll sowohl durch einzelne geförderte Projekte in weniger entwickelten Ländern als auch durch die gemeinsame Erarbeitung von Empfehlungen für die Formulierung, Einführung und Kontrolle von Unternehmensrichtlinien zur Förderung von *corporate social responsibility* geschehen.

2.3.3. Überblick über Nicht-staatliche Gütesiegel und andere freiwillige Initiativen

Für in Deutschland tätige Unternehmen und deren Erzeugnisse gibt es eine Reihe unterschiedlicher **nichtstaatlicher Gütesiegel**²²⁵ und Initiativen. Die meisten Gütesiegel zeichnen einzelne **Produkte** aus, nicht Unternehmen als Ganzes. Detaillierte Informationen zu mehr als 400 verschiedenen derartigen Siegeln und Initiativen stellt die private „Verbraucher Initiative e.V.“, unter der Adresse <http://www.label-online.de/> bereit (23.10.2013).

Für die Einhaltung und Verbreitung **menschenrechtlicher Standards** setzt sich die internationale *Business Social Compliance Initiative* ein, an der sich auch eine grosse Zahl deutscher und in Deutschland aktiver Unternehmen²²⁶ beteiligt. Die Initiative hat einen eigenen *code of conduct* verabschiedet, der Praktiken wie Kinderarbeit oder Bestechung verbietet.²²⁷

3. Umweltauswirkungen

3.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Umweltbereich

Eine **abstrakte Pflicht** zur Untersuchung von Auswirkungen der Unternehmensaktivitäten auf die Umwelt besteht nicht. Konkrete Pflichten ergeben sich, abhängig von der Art des Geschäfts, das das Unternehmen betreibt, insbesondere aus dem Immissionsschutzrecht, dort vor allem aus dem Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) und den Bundesimmissionsschutzverordnungen (BImSchV). Daneben bestehen noch zahlreiche weitere Regelungen des **Umweltrechts**, die bestimmte Verhaltensweisen vorschreiben und bei einer Tätigkeit auf dem jeweiligen Gebiet zu beachten sind. Derartige Vorschriften begründen aber keine generelle Pflicht zu einer Untersuchung der Umweltauswirkungen des Unternehmenshandelns. Vielmehr verbieten oder beschränken sie Aktivitäten, die zu bestimmten Auswirkungen auf die Umwelt führen. Es würde aber den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, im Einzelnen aufzuführen, welche umweltschutzrechtlichen Vorgaben Unternehmen bei allen ihren Aktivitäten einzuhalten haben.²²⁸

Auch **Auslandsaktivitäten** müssen nicht generell auf ihre Umweltverträglichkeit untersucht werden. Für die Berücksichtigung der Aktivitäten von **Tochtergesellschaften** wird auf die obigen

²²⁵ Vgl. grundlegend F. J. Hörnicke, Product Stewardship als Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung? Gesellschaftliche Selbstregulierung durch die Gütesiegel Fairtrade, Bio, FSC und MSC, Hamburg 2012.

²²⁶ Neben vielen anderen etwa Aldi Nord, Aldi Süd, REWE, Edeka, OBI, Praktiker, Esprit, Lidl, Metro Gruppe, Otto Gruppe, Karstadt, Peek & Cloppenburg, Herlitz, um nur einige der bekanntesten Unternehmen zu nennen. Insgesamt sind auf der Homepage der Initiative 443 deutsche Unternehmen als *participants* aufgeführt (Stand: 5. Februar 2013).

²²⁷ Abrufbar unter <http://www.bsci-intl.org/our-work/bsci-code-conduct> (23.10.2013).

²²⁸ Vgl. hierzu beispielsweise C. C. Meyer, in C. E. Hauschka (Hrsg.), Corporate Compliance, op. cit., § 31 Rz. 4-14.

Ausführungen (2.1.1.) verwiesen. Ansonsten bestehen keine erwähnenswerte Besonderheiten im Umweltbereich.

3.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Umweltauswirkungen von Auslandstätigkeiten und getroffene Massnahmen

Die Berichtspflichten hinsichtlich der Auswirkungen der Gesellschaftstätigkeit auf die Umwelt und hinsichtlich einschlägiger Massnahmen unterscheiden sich insofern von den menschenrechtlichen Berichtspflichten, als die **Umweltbelange ausdrücklich im Gesetz genannt werden. § 289 Abs. 3 HGB** schreibt für grosse Kapitalgesellschaften die Aufnahme von „nichtfinanzielle[n] Leistungsindikatoren, wie Informationen über Umwelt- und Arbeitnehmerbelange, soweit sie für das Verständnis des Geschäftsverlaufs oder der Lage [der Gesellschaft] von Bedeutung sind“, in den jährlich zu erstattenden Lagebericht des Vorstands vor. Zwar handelt es sich bei den „Informationen über Umweltbelange“ letztlich nur um mögliche Gegenstände der Berichterstattung über nichtfinanzielle Leistungsindikatoren.²²⁹ Doch wird angesichts der ausdrücklichen Erwähnung im Gesetz eine entsprechende Berichterstattung zu erwarten sein.

Hierzu heisst es in der Kommentarliteratur: „Zu den Umweltaspekten, über die [...] zu berichten ist, gehören z.B. die allgemeine Umweltstrategie des Unternehmens und die von ihm beschlossenen Umweltschutzprogramme, die auf wesentlichen Gebieten des Umweltschutzes erzielten Fortschritte, die durchgeführten bzw. geplanten Umweltschutzmassnahmen, die für das Unternehmen relevanten Umweltfragen wie etwa Daten über den Energie-, Material- und Wasserverbrauch, Emissionen, Abfallentsorgung und dgl. und, sofern das Unternehmen einen eigenen Umweltbericht herausgibt, einen Hinweis auf diesen Bericht (ie Empfehlung der [EG-]Kommission vom 30. Mai 2001 zur Berücksichtigung von Umweltaspekten in Jahresabschluss und Lagebericht von Unternehmen: Ausweis, Bewertung und Offenlegung, Abl. EG Nr. 1156/33).“²³⁰

Es bestehen keine besonderen Vorschriften für die Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften und Auslandaktivitäten. Im Weiteren wird auf die Ausführungen zum Menschenrechtsschutz verwiesen.

Reformbestrebungen sind nicht bekannt.

3.3. Unterstützende Massnahmen

3.3.1. Erstellen eines Berichts als Voraussetzungen für die Konstituierung oder die Börseneinführung

Ein Umweltbericht ist weder Voraussetzung für die Konstituierung der Gesellschaft noch für eine allfällige Börseneinführung.

²²⁹ H. Merkt, in Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, op. cit., § 289 Rz. 3: „Die Aufzählung ist nicht abschließend und zwingt auch nicht zu entsprechender Schwerpunktsetzung; weitere mögliche Berichtsgegenstände: Entwicklung des Kundenstamms, Humankapital, Forschung und Entwicklung, durch Sponsoring oder karitative Zuwendungen geförderte gesellschaftliche Reputation“.

²³⁰ W. Morck, in Koller/Roth/Morck, HGB Kommentar, 5. Aufl., München 2005, § 289 Rz. 8. Der in der Kommentierung erwähnte eigene Umweltbericht ist grundsätzlich freiwillig und kann von Unternehmen zur besseren Klarheit und Übersichtlichkeit oder etwa im Rahmen des EMAS (s. u. 3.3.2) erstellt werden.

3.3.2. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer „Due Diligence“ oder zur Berichterstattung

Auf europarechtlicher Ebene existiert das *Eco Management and Audit Scheme (EMAS)*, das ein freiwilliges Umweltmanagement mit Umweltbetriebsprüfung vorsieht. Seine gesetzliche Ausgestaltung in Deutschland hat das per EG-Verordnung ins Leben gerufene EMAS durch das **Umwelt-auditgesetz (UAG)**²³¹ gefunden.

Auf der Website des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) wird über „**Selbstverpflichtungen** im Umweltschutz“ informiert. Hierbei handele es sich um „rechtlich unverbindliche Erklärungen von Unternehmen oder Verbänden [...], in denen umweltpolitische Ziele festgelegt werden, die in einem vorgegebenen Zeitraum durch eigenverantwortliches Handeln der Wirtschaft realisiert werden sollen.“²³² Die Abgabe derartiger Selbstverpflichtungen geschehe in der Regel in der „Erwartung [...], dass der Staat im Gegenzug auf eine gesetzliche Regulierung verzichtet.“²³³ Mit der Aufzählung der einzelnen derzeit in Kraft befindlichen Selbstverpflichtungen erklärt das BMU demnach, warum auf dem jeweiligen Gebiet keine gesetzlichen Regeln geschaffen worden sind.²³⁴

3.3.3. Überblick über Bestehen allfälliger Nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

Es besteht eine grosse Zahl nichtstaatlicher Gütesiegel auf dem Gebiet des Umweltschutzes. Sie können nicht sämtlich hier vorgestellt werden. Das bekannteste und älteste Siegel ist der seit 1978 von der Jury Umweltzeichen²³⁵ vergebene **Blaue Engel**. Der Blaue Engel zeichnet nicht ein

²³¹ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS), sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG, in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. September 2002 (BGBl. I 2002 S. 3490), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorschriften vom 21. Januar 2013 (BGBl. I 2013, S. 95).

²³² Website des BMU, <http://www.bmu.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen/wirtschaft-und-umwelt/selbstverpflichtungen/> (23.10.2013).

²³³ Ebenda, <http://www.bmu.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen/wirtschaft-und-umwelt/Selbstverpflichtungen/> (23.10.2013).

²³⁴ Auf der Website sind neun aktuelle Selbstverpflichtungen aufgeführt, nämlich
 Selbstverpflichtung der Mobilfunkbetreiber, 2001/2008;
 Vereinbarung zum Umgang mit invasiven Arten (Zentralverband Gartenbau und BMU), 2008;
 Selbstverpflichtung der SF₆-Produzenten, Hersteller und Betreiber von elektrischen Betriebsmitteln > 1 kV zur elektrischen Energieübertragung und -verteilung in der Bundesrepublik Deutschland zu SF₆ als Isolier- und Löschgas, 2005;
 Zweite Klimaschutzzerklärung der deutschen Mineralölwirtschaft für den Wärmemarkt, 2001;
 Klimaschutzzerklärung der deutschen Mineralölwirtschaft für die Raffinerien, 2001;
 Weiterentwickelte Selbstverpflichtungserklärung der Chemischen Industrie im Rahmen der Klimaschutzvereinbarung der deutschen Wirtschaft, 2000;
 Erklärung der Deutschen Wirtschaft zur Klimavorsorge, 2000;
 Selbstverpflichtungen durch TEGEWA und TVI-Verband zur Klassifizierung von Textilhilfsmitteln nach ihrer Gewässerrelevanz, 1997;
 Selbstverpflichtung der Verbände der graphischen Papierkette für eine Rücknahme und Verwertung gebrauchter graphischer Papiere, 1994/2001.

²³⁵ Zur Zusammensetzung der Jury heisst es auf der Homepage des Umweltzeichens: „Der Jury gehören nach ihrer Geschäftsordnung bis zu 15 natürliche Personen an. Davon werden bis zu 13 Mitglieder vom

Gesamtprodukt aus, sondern berücksichtigt jeweils einen bestimmten Aspekt des Produkts, der dann in einem Zusatz zum Siegel benannt wird (z. B. „weil aus 100 % Altpapier“ oder „weil emissionsarm“ etc.). Dieses Siegel kann nicht einem Unternehmen als solchem verliehen werden, sondern nur jeweils bestimmten Produkten.

Vorwiegend an kleine und mittlere Unternehmen richtet sich der **Qualitätsverbund umweltbewusster Betriebe**, der in den Bundesländern Bayern, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen vertreten ist. Die Mitgliedschaft in diesem Verbund setzt die Einhaltung bestimmter Umweltschutzrichtlinien voraus.²³⁶

Bundesumweltminister im Benehmen mit dem/der Vorsitzenden der Umweltministerkonferenz für einen Zeitraum von drei Jahren berufen. Dies geschieht unter angemessener Berücksichtigung aller relevanten gesellschaftlichen Gruppen wie Vertretern aus Umwelt- und Verbraucherverbänden, des Handels und der Industrie, um nur einige zu nennen. Zwei weitere Mitglieder gehören der Jury als Vertreter der Bundesländer an“,

http://www.blauer-engel.de/de/blauer_engel/wer_steckt_dahinter/jury_umweltzeichen.php (23.10.2013).

²³⁶

Im Einzelnen sind die Kriterien auf der Homepage des Verbunds einsehbar:

http://www.gub-info.de/derquh/kriterien_und_anforderungen.php, (23.10.2013).

C. FRANKREICH²³⁷

1. Aperçu général

La France n'a pas attendu les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme pour adopter des mesures législatives et réglementaires destinées à encourager la responsabilisation des entreprises à l'égard des impacts négatifs de leurs activités dans le cadre des droits de l'homme et de l'environnement. Plus que dans le domaine de l'obligation de diligence raisonnable, qui s'exprime essentiellement de manière générale, c'est dans celui du *reporting* que le législateur français a été très actif, et ce, dès avant l'adoption des *Ruggie Principles*. En effet, la loi n°2010-788 du 12 juillet 2010 dite « Grenelle II »²³⁸ a mis en place un dispositif de *reporting* (ci-après « obligation d'informer ») ambitieux imposant aux entreprises de divulguer des informations extra-financières essentiellement en matière sociale et environnementale et prévoyant leur contrôle par un organisme tiers indépendant.

2. Droits de l'homme

2.1. Obligation de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme

2.1.1. Obligations pesant sur les organes de la société

La description qui suit des obligations pesant sur les organes de la société est basée principalement sur la structure interne de la société anonyme (S.A.), dans la mesure où elle est l'une des structures de personne morale à forme commerciale les plus courantes et qu'elle présente le plus de pertinence pour l'étude des obligations en matière de diligence raisonnable et d'information relative aux impacts des activités de la société en matière de droits de l'homme et environnement.

Si le droit français des sociétés commerciales connaît tant la société anonyme de type « moniste » ou « classique » que celle de type « dualiste » ou « nouveau » inspirée du droit allemand, la présente analyse se concentre sur la structure interne de la société anonyme de type « classique » étant la structure de société anonyme la plus répandue en France.²³⁹ Il est cependant précisé que les obligations en matière de diligence raisonnable et de *reporting* en matière environnementale et dans le domaine des droits de l'homme ne sont pas différentes en ce qui concerne la société de type « nouveau » : si l'organisation interne de l'administration de la société est modifiée, les obligations pesant sur les sociétés ainsi que les rapports entre les organes responsables de l'administration d'une part et les actionnaires des sociétés d'autre part demeurent inchangés.

a. Aperçu des obligations des organes de la société en général

La société anonyme de type classique compte tout d'abord l'**assemblée générale des actionnaires** qui est l'**organe souverain** de la société. C'est l'assemblée générale qui nomme les membres du conseil d'administration, qui désigne les commissaires aux comptes, qui approuve ou rejette les comptes annuels, qui fixe la répartition des bénéfices, qui modifie les statuts de la société et qui en prononce la dissolution. Par le biais de l'approbation ou non des comptes annuels, l'assemblée générale des actionnaires exerce le contrôle de la gestion de la société.

²³⁷ Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

²³⁸ Loi n° 2010-788, 12 juillet 2010, J.O. du 13 juillet 2010.

²³⁹ F. Lefebvre, *Mémento pratique. Sociétés commerciales*, 2013, Ed. Francis Lefebvre, p. 631-633, nos. 45400 et s. ; P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 2012, Dalloz, p. 424, par. 371.

La gestion de la société anonyme se répartit quant à elle entre trois organes : le conseil d'administration, le président du conseil d'administration et le directeur général.

Le conseil d'administration, composé d'administrateurs, est chargé de fixer les orientations stratégiques de la société et de veiller à leur mise en œuvre ; sous la seule réserve des pouvoirs qui sont attribués exclusivement à l'assemblée générale des actionnaires et dans la seule limite de l'objet social de la société, il doit se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et procéder aux contrôles et vérifications jugés opportuns²⁴⁰. Dans l'administration de leurs fonctions, les membres du conseil d'administration doivent veiller à préserver l'intérêt social. Ainsi, si les actions menées par un dirigeant d'entreprise étaient considérées incompatibles avec l'intérêt social, ce dirigeant pourrait voir sa responsabilité civile engagée au titre de faute de gestion. On relève ici que la notion d'intérêt social a évolué : si l'objectif de la société demeure la réalisation de bénéfices et donc la création de valeur²⁴¹, on observe de nos jours que la poursuite de cet intérêt social est fortement procéduralisée, dans la mesure où les décisions que la société prend pour atteindre son objectif sont de plus en plus souvent sujettes au respect de procédures détaillées dans la loi visant à conduire la société à prendre la meilleure décision en prenant en compte un certain nombre d'éléments qui lui sont extérieurs. Il en va ainsi par exemple des obligations d'information pesant sur les actionnaires quant aux impacts des activités de la société en matière environnementale et de droits de l'homme, qui seront étudiées plus loin (voir les sections II.B et III.B). Ainsi, si un dirigeant d'entreprise méconnaissait une règle de droit ou une disposition des statuts de la société, il pourrait être considéré comme agissant de manière incompatible avec l'intérêt social de la société. Afin de mener à bien leurs obligations, les membres du conseil d'administration bénéficient d'un véritable droit individuel à l'information, qui forme par la même occasion, l'une des principales obligations pesant sur le président ou le directeur général de la société²⁴². On note encore que les administrateurs ont un devoir de loyauté envers les associés et à l'égard de la société. Ils doivent aussi assister aux réunions du conseil d'administration et respecter à cet égard une obligation de discrétion en ce qui concerne les informations à caractère confidentiel ; ils doivent enfin solliciter l'accord du conseil d'administration pour toute convention intervenant entre eux et la société.

Le président du conseil d'administration a pour mission de veiller au bon fonctionnement des organes sociaux. Le directeur général est, quant à lui, investi de tous les pouvoirs en ce qui concerne la gestion courante de la société et la représentation de celle-ci à l'égard des tiers. Les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général peuvent être confiées à une seule et même personne.

b. Obligations des organes de la société en ce qui concerne la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme

L'obligation générale qui pèse sur le conseil d'administration de préserver l'intérêt social implique logiquement l'obligation pour les administrateurs d'agir prudemment et diligemment dans l'exercice de leur fonction, et, ce faisant, de prendre en compte les risques et les incertitudes liés aux activités que mène la société. Cette obligation se retrouve d'ailleurs reprise dans le cadre du rapport de gestion que le conseil d'administration est tenu de dresser et de présenter à l'assemblée générale ordinaire chargée de l'approbation des comptes annuels : l'article L 232-2 II du code de commerce prévoit que le rapport de gestion expose non seulement « la situation de la société durant l'exercice

²⁴⁰ Article L 225-35 code de commerce.

²⁴¹ L'article 1832, alinéa 1^{er} du code civil dispose en effet que : « La société est instituée ... en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. »

²⁴² Article L 225-35, alinéa 3 code de commerce.

écoulé » mais également « son évolution prévisible ». De même, il est prévu, en ce qui concerne les sociétés dépassant, à la clôture de l'exercice, certains seuils fixés par décret, relatifs au total du bilan, au montant net du chiffre d'affaires ou au nombre moyen de salariés permanents, que « [l]e rapport [de gestion] comporte ... une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée. »²⁴³. Même s'il n'est pas fait référence expresse aux risques éventuels en matière de droits de l'homme, il semble raisonnable de conclure des dispositions légales en cause que l'obligation de prendre en compte les risques auxquels la société est confrontée s'étend aux impacts des activités de la société dans le domaine des droits de l'homme. En effet, une atteinte aux droits de l'homme causée par les activités de la société constituera souvent également un risque pour la société elle-même, ne fut-ce que par le biais de la réclamation qui découlerait du préjudice causé.

c. Quant aux activités des sociétés menées à l'étranger et par des filiales

Le fait que les activités à risque soient menées en dehors du territoire dont relève la société en cause (en l'hypothèse le territoire français) ne modifie pas l'obligation générale des dirigeants de la société d'agir dans l'intérêt de la société, et, ce faisant, d'examiner les risques et incertitudes liées aux activités menées par la société, **y compris à l'étranger**. Lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations qu'elle fournit doit être consolidée et porter sur les activités de la société et celles de ces filiales²⁴⁴. L'obligation générale de prendre en compte les risques et incertitudes auxquels est confrontée la société concerne dès lors également les filiales contrôlées par cette société (voir aussi *infra*).

2.1.2. Obligations pesant sur la société en tant que tel

Nos recherches n'ont pas permis d'identifier, dans les lois applicables, d'obligation générale de diligence raisonnable pesant sur la société en tant que tel en matière de droits de l'homme. C'est donc plutôt par le biais des dirigeants de la société, en ce qu'ils ont l'obligation d'évaluer les risques auxquels la société est confrontée, que l'obligation de diligence raisonnable s'exprime.

Cependant, on relève que, dans le cadre des **Principes directeurs de l'OCDE** à l'intention des entreprises le point de contact national français a publié, le 21 septembre 2012, un communiqué

²⁴³ L'obligation de décrire les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée est prévue à l'alinéa 4 de l'article L 225-100 du code de commerce.

L'article L 225-100-1, alinéa 1^{er} du code de commerce précise le champ d'application de cette obligation notamment. Il prévoit en effet que:

« Les troisième à sixième alinéas de l'article L. 225-100 ne s'appliquent pas aux sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé. » (23.10.2013).

Ainsi, en principe, l'obligation de décrire les principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée vaudrait pour toutes les sociétés anonymes sauf celles exemptées en application du décret mentionné à l'article L 225-100-1 susvisé. Elle s'imposerait en tout état de cause aux sociétés dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Toutefois, le décret d'application mentionné à l'article L 225-100-1 n'ayant pas été publié à ce jour, il semble raisonnable de considérer, avec une partie conséquente de la doctrine, que *toutes* les sociétés anonymes, quelle que soit leur taille, sont tenues de divulguer ces informations, et ce bien sûr, y compris celles dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé (F. Lefebvre, *Mémento pratique. Sociétés commerciales*, 2013, Ed. Francis Lefebvre, p. 722, n° 48185).

²⁴⁴ Article 225-102-1 alinéa 6, code de commerce.

concernant la société DEVCOT, demandant à celle-ci de l'informer des mesures prises pour s'assurer qu'elle-même, ses fournisseurs ou ses éventuels partenaires n'emploient pas d'enfants dans la production et la récolte du coton²⁴⁵.

2.1.3. Obligations sectorielles

Nos recherches n'ont pas permis d'identifier l'existence d'une obligation de diligence par rapport à certains secteurs.

2.1.4. Conséquences en cas de défaut de diligence raisonnable

En ce qu'il peut impliquer la contrariété avec l'intérêt social de la société, le défaut de diligence raisonnable peut tout d'abord conduire à la **responsabilité civile des dirigeants d'entreprise**. Celle-ci est soumise aux conditions d'existence traditionnelle de la responsabilité civile : l'existence d'une faute, d'un préjudice et du lien causal entre ces deux éléments. En ce qui concerne la faute, l'article L 225-251 du code de commerce envisage que la responsabilité des administrateurs peut être recherchée en cas de **violation des statuts de la société**, en cas de **violation d'une disposition législative ou réglementaire applicables aux sociétés anonymes** ou encore en cas de **faute commise dans la gestion**. Ainsi, la responsabilité des administrateurs peut être recherchée en cas de violation des règles relatives à la tenue des assemblées²⁴⁶ ou encore lorsque l'attitude du dirigeant en l'espèce ne correspond pas au comportement d'un dirigeant diligent, actif mais prudent, à l'époque et dans les circonstances de l'espèce.²⁴⁷ Cette responsabilité civile des administrateurs peut être mise en cause solidairement ou individuellement. Elle sera recherchée par celui qui a subi le préjudice. Si le préjudice a été subi par la société, l'action en responsabilité sera menée directement par elle ou par un ou plusieurs de ses actionnaires agissant en lieu et place des représentants légaux de la société et dans les conditions légalement prévues à cette fin²⁴⁸. Si par contre le préjudice est subi individuellement, l'action en responsabilité civile sera menée par l'actionnaire ou le tiers ayant subi le préjudice. On relève encore que pour qu'un tiers à la société puisse mettre en cause la responsabilité d'un administrateur, il convient en outre que la faute commise par cet administrateur soit séparable de ses fonctions en tant que dirigeant.

Outre la responsabilité civile, le non-respect de l'intérêt social peut également déboucher sur la mise en cause de la **responsabilité pénale des dirigeants de l'entreprise**. Ainsi, parmi les infractions relatives à l'administration et la direction des sociétés anonymes, sont notamment répréhensibles, la publication ou la présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière ou du patrimoine social²⁴⁹, ou encore l'usage de biens ou du crédit de la société fait de mauvaise foi et contrairement à l'intérêt social, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle les dirigeants sont intéressés directement ou indirectement²⁵⁰.

²⁴⁵ Communiqué du Point de contact national français chargé du suivi des principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, DEVCOT, 21 septembre 2012, disponible sur : <http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/375194> (23.10.2013).

²⁴⁶ P. Merle, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 2012, Dalloz, p. 484, par. 405.

²⁴⁷ Cass. com., 13 décembre 2005, RJA 2006, n°273, p. 245.

²⁴⁸ Voir à ce propos l'article L 225-252 du code de commerce.

²⁴⁹ Article L 242-6-2° du code de commerce.

²⁵⁰ Article L 242-6-3° du code de commerce.

2.1.5. Propositions de réforme

Nous n'avons pas relevé de projets de réforme nationale portant particulièrement sur l'obligation de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme.

2.2. Obligation d'informer sur les impacts des activités de la société en matière de droits de l'homme

2.2.1. Obligation d'informer

L'obligation d'informer correspond essentiellement à celle des administrateurs à l'égard de l'assemblée générale des actionnaires. C'est en effet par le biais de cette information que l'assemblée générale est en mesure d'exercer son contrôle sur la gestion de la société.

L'information que le conseil d'administration est chargé de communiquer à l'assemblée générale est contenue dans le rapport de gestion qui accompagne les comptes annuels soumis pour approbation à l'assemblée générale des actionnaires. L'information qui doit être communiquée concerne tant des aspects purement financiers de la société que des aspects non financiers, en particulier des informations de nature sociale et environnementale. L'ampleur des obligations de divulgation dépend de la taille de la société concernée. Elle est relative aux activités menées par la société, que celles-ci le soient sur le territoire national ou à l'étranger.

L'article L 225-100 du code de commerce prévoit, pour ce qui concerne les sociétés anonymes dont les titres de capital ou les titres de créance sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou les sociétés anonymes dont les titres de capital ou les titres de créance n'y sont pas admis mais dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils fixés par décret, que le rapport de gestion dressé par le conseil d'administration comprend « [d]ans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société (...) des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel. »²⁵¹

²⁵¹

Article L 225-100, alinéa 3 code de commerce. L'obligation d'inclure dans le rapport de gestion des indicateurs clés de performance de nature non financière est prévue à la dernière phrase du troisième alinéa de l'article L 225-100 du code de commerce.

L'article L 225-100-1, alinéa 2 du code de commerce précise le champ d'application de cette obligation notamment. Il prévoit en effet que:

« Ne sont pas tenues de fournir les informations de nature non financière mentionnées à la dernière phrase du troisième alinéa de l'article L. 225-100 les sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé. »

Ainsi, en principe, l'obligation d'inclure dans le rapport de gestion des indicateurs clés de performance de nature non financière vaudrait pour toutes les sociétés anonymes sauf celles exemptées en application du décret mentionné à l'article L 225-100-1 susvisé. Elle s'imposerait en tout état de cause aux sociétés dont les instruments financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Toutefois, nos recherches n'ayant pas permis de conclure à la publication à ce jour du décret d'application mentionné à l'article L 225-100-1, il semble raisonnable de considérer, avec une partie conséquente de la doctrine, que toutes les sociétés anonymes, quelle que soit leur taille, sont tenues de divulguer ces informations, et ce bien sûr, y compris celles dont les instruments financiers sont

En outre, depuis la loi Grenelle II du 12 juillet 2010²⁵², les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi que les sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils²⁵³ sont tenues, en application de l'article L 225-102-1 du code de commerce, d'inclure dans le rapport de gestion « des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités ».

L'information devant être divulguée au titre de l'article L 225-102-1 du code de commerce est de nature sociale, environnementale et relative aux engagements sociétaux en faveur du développement durable. Elle varie selon que les titres de la société sont ou pas admis aux négociations sur un marché réglementé. En ce qui concerne la matière des droits de l'homme, on relève que toutes les sociétés concernées par l'obligation de divulgation prévue à l'article L 225-102-1, sont tenues d'inclure dans le rapport de gestion des informations concernant : l'organisation du dialogue social (notamment les procédures d'information et de consultation du personnel et de négociation avec celui-ci) ; le bilan des accords collectifs ; les conditions de santé et de sécurité au travail ; le bilan des accords signés avec les organisations syndicales ou les représentants du personnel en matière de santé et de sécurité au travail ; les mesures prises en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes et en faveur de l'insertion des handicapés ; la politique de lutte contre les discriminations ; l'impact territorial, économique et social de l'activité de la société sur les populations riveraines ou locales ; la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux sociaux²⁵⁴. En outre, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé mentionnent dans leur rapport de gestion, en plus des informations dont il est fait mention ci-avant pour ce qui concerne les droits de l'homme : des informations concernant la promotion et le respect des stipulations des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail relatives au respect de la liberté d'association et du droit de négociation collective, à l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession, à l'élimination du travail forcé ou obligatoire ainsi qu'à l'abolition effective du travail des enfants ; toute action engagée au titre de la promotion du développement durable en faveur des droits de l'homme.²⁵⁵

Suivant la logique « comply or explain », une mesure d'assouplissement à ce processus d'information relativement chargé a été introduite. Le conseil d'administration peut en effet indiquer dans son rapport les informations qui ne peuvent pas être produites ou qui ne paraissent pas

admis aux négociations sur un marché réglementé (F. Lefebvre, *Mémento pratique. Sociétés commerciales*, 2013, Ed. Francis Lefebvre, p. 722, n° 48185).

²⁵² Loi n° 2010-788, 12 juillet 2010, J.O. du 13 juillet 2010.

²⁵³ Le législateur a prévu des seuils dégressifs pour identifier les sociétés qui sont soumises à l'obligation de divulgation sans que leurs titres soient admis aux négociations sur un marché réglementé. L'article R 225-104 du code de commerce (voir annexe) prévoit en effet que, pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2013, les S.A. dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 100 millions d'euros, et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice dépasse 500 sont tenus à l'obligation de divulguer prévue à l'article L 225-102-1 du code de commerce. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, ces seuils sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

²⁵⁴ Article R 225-105-1.I code de commerce (voir annexe).

²⁵⁵ Article R 225-105-1.II code de commerce (voir annexe).

pertinentes eu égard à la nature des activités de la société ou à son organisation, tout en fournissant les explications utiles.²⁵⁶

Pour ce qui concerne les groupes de sociétés, la loi prévoit que « les informations fournies sont consolidées et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales ou les sociétés qu'elle contrôle ». Il est cependant accepté que les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés à l'article R 225-104 du code de commerce (voir note de bas de page [[18]]), ne doivent pas publier les informations sociales et environnementales devant en principe être divulguées au titre de l'article L 225-102-1 du code de commerce dans la mesure où ces informations sont déjà publiées par la société qui les contrôle, de manière détaillée par filiale ou par société contrôlée et que ces filiales ou sociétés contrôlées indiquent comment y accéder dans leur propre rapport de gestion.

Le code de commerce prévoit encore que le rapport présenté par le président du conseil d'administration des sociétés dont les titres financiers ont été admis aux négociations sur un marché réglementé – qui est joint au rapport de gestion dont il a été question ci-avant – indique, lorsque la société se réfère volontairement à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises (voir ci-après, section II.C. 2), « les dispositions qui ont été écartées et les raisons pour lesquelles elles l'ont été », outre les modalités de consultation de ce code. Ce même rapport doit en outre mentionner, pour les sociétés qui ont décidé de ne pas se référer à un tel code de gouvernement d'entreprise, « les règles retenues en complément des exigences requises par la loi » ainsi que « les raisons pour lesquelles la société a décidé de n'appliquer aucune disposition de ce code de gouvernement d'entreprise »²⁵⁷. Dans son rapport joint au rapport de gestion, le commissaire aux comptes atteste l'établissement des informations susvisées relatives à l'application d'un code de gouvernement d'entreprise.²⁵⁸

Enfin, le code monétaire et financier prévoit que les sociétés de gestion²⁵⁹ sont tenues d'informer les souscripteurs de chacun des organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent, « sur les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance »²⁶⁰. Les informations susvisées concernent essentiellement tant la démarche générale de la société de gestion quant à la prise en compte des critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance dans la politique d'investissement que celle des organismes de placement collectif en valeurs mobilières gérés par elles quant à leur adhésion éventuelle à un code ou une charte sur la prise en compte de critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance dans la politique d'investissement et quant à la méthode d'analyse des émetteurs sur ces critères ; il est

²⁵⁶ Article R 225-105 code de commerce (voir annexe).

²⁵⁷ Articles L 225-37 et L 225-68 code de commerce.

²⁵⁸ Article L 225-235 code de commerce.

²⁵⁹ L'article L 532-9 du code monétaire et financier prévoit que : « Les sociétés de gestion de portefeuille sont les entreprises d'investissement qui fournissent, à titre principal, [la gestion de portefeuille pour le compte de tiers], ou qui gèrent un ou plusieurs organismes de placement collectif [en valeurs mobilières, organismes de titrisation, organismes de placement collectif immobilier, sociétés d'investissement à capital fixe] ou un ou plusieurs organismes de placement collectif en valeurs mobilières de droit étranger agréés conformément à la directive 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009.

Les sociétés de gestion de portefeuille sont agréées par l'Autorité des marchés financiers. »

²⁶⁰ Article L 533-22-1 code monétaire et financier (voir annexe).

en outre prévu que ces informations soient divulguées par le biais du site internet de la société de gestion et, le cas échéant, dans le rapport annuel de chaque organisme de placement²⁶¹.

2.2.2. Accès à l'information et vérification

Le code de commerce met aussi à charge des sociétés commerciales des obligations en matière de publicité. Les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé doivent ainsi publier, en même temps que les comptes annuels, plusieurs rapports dont le rapport de gestion du conseil d'administration ainsi que le rapport du président du conseil d'administration contenant les informations sociales et environnementales. Ces documents publiés sont accessibles au public. Pour les sociétés qui ne doivent pas obligatoirement publier le rapport de gestion, celui-ci doit tout de même être tenu à la disposition de toute personne qui en fait la demande.²⁶²

Quant à la **vérification** des données mentionnées dans les rapports par les organes de la société, le code de commerce prévoit que le **commissaire aux comptes** atteste, dans un rapport joint au rapport de gestion, l'établissement des informations relatives à l'application par la société d'un code de gouvernement d'entreprise²⁶³.

En outre, en vertu de la loi Grenelle II, les informations sociales et environnementales contenues dans le rapport de gestion établi par le conseil d'administration font l'objet d'une **vérification par un organisme tiers indépendant sous la forme d'un avis** en même temps que le rapport de gestion du conseil d'administration. **qui est transmis à l'assemblée des actionnaires** Cet avis doit être motivé et porter sur la sincérité des informations figurant dans le rapport de gestion ainsi que sur les explications relatives, le cas échéant, à l'absence de certaines des informations légalement requises²⁶⁴. Quant à l'organisme tiers indépendant, il est désigné par le directeur général, pour une durée qui ne peut excéder six exercices, parmi des organismes accrédités à cet effet²⁶⁵. L'avis contient aussi une **attestation** sur la présence dans le rapport de gestion de toutes les informations devant y figurer en vertu de la loi²⁶⁶.

Enfin, il convient de relever que la loi prévoit que le Gouvernement présentera tous les trois ans, à partir de cette année, un **rapport au Parlement portant sur l'application par les entreprises des dispositions relatives aux informations environnementales et sociales incluses dans le rapport de gestion** ainsi que sur les actions promues par le Gouvernement en France, en Europe et au niveau international dans le but d'encourager la responsabilité sociale des entreprises.

²⁶¹ Article D 533-16-1 code monétaire et financier (voir annexe).

²⁶² Article L 232-23 code de commerce.

²⁶³ Article L 225-235 code de commerce.

²⁶⁴ Article L 225-102-1 code de commerce. L'avis rendu par l'organisme tiers indépendant est obligatoire à partir de l'exercice qui a été ouvert après le 31 décembre 2011 pour les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il s'applique à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

²⁶⁵ Article R 225-105-2 code de commerce.

²⁶⁶ L'attestation par l'organisme tiers indépendant sur la présence dans le rapport de gestion de toutes les informations devant y figurer en vertu de la loi est due à partir de l'exercice qui a été ouvert après le 31 décembre 2011 pour l'ensemble des entreprises concernées.

2.2.3. Conséquences du défaut d'informer

En cas d'omission, dans le rapport de gestion, des informations prévues à l'article L 225-100 du code de commerce, le commissaire aux comptes signale cette irrégularité dans le rapport qu'il fait aux organes de la société. Cependant, aucune sanction à l'omission n'est prévue par la loi. Ceci dit, comme indiqué plus haut, la responsabilité civile des administrateurs peut être recherchée en cas d'infraction aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, notamment les dispositions relatives au fonctionnement du conseil d'administration, ou encore en cas de faute de gestion.

2.2.4. Propositions de réforme

D'après la feuille de route pour la transition écologique qui a été définie à l'issue de la conférence environnementale pour la transition écologique en septembre 2012, plusieurs modifications du système mis en place par la loi Grenelle II sont envisagées, notamment la suppression du critère de la cotation ou non des entreprises pour la détermination de l'ampleur des informations tant sociales qu'environnementales que les sociétés concernées sont tenues de divulguer, ce critère ayant été estimé non pertinent au regard des objectifs poursuivis par la divulgation des informations sociales et environnementales.

2.3. Mesures d'encouragement

2.3.1. Constitution d'une société et introduction en bourse

L'objet social, c'est-à-dire le type d'activité que la société se propose d'exercer pour obtenir les résultats escomptés, est déterminé par la description qui en est faite dans les statuts de la société. Les fondateurs de la société sont en principe libres de définir comme ils l'entendent le champ de cette activité sous réserve de respecter certaines règles. Ainsi, l'article 1833 du code civil prévoit que toute société doit avoir un objet licite, c'est-à-dire conforme à l'ordre public, aux bonnes mœurs et aux dispositions impératives des lois et règlements. Or, l'objet social se détermine par rapport à l'activité réellement exercée par la société et non pas à partir de celle indiquée dans les statuts. Ainsi, en théorie, une société exerçant des activités contraires aux droits de l'homme pourrait être considérée comme ayant un objet social contraire à l'ordre public, et partant illicite. Nous n'avons toutefois pas connaissance d'un tel cas. La violation des règles relatives à l'objet social donne lieu à des sanctions telles que la nullité de la société.

Mis-à-part ces dispositions concernant la licéité de l'objet de la société, ni la constitution ni l'introduction en bourse d'une société n'implique d'obligation particulière de diligence raisonnable ou d'information en matière d'impact des activités de la société dans le domaine des droits de l'homme. Toutefois, les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé sont tenues de satisfaire à des obligations particulières en matière d'information sur les impacts de leurs activités en matière de droits de l'homme et environnement (voir ci-avant et ci-après).

2.3.2. Autres mesures d'encouragement

D'autres mesures destinées à encourager la diligence raisonnable ou l'information en ce qui concerne les impacts des activités de la société en matière de droits de l'homme existent. Il s'agit cependant essentiellement d'initiatives volontaires non-gouvernementales. Ainsi, parmi les codes de

gouvernement d'entreprise²⁶⁷, le code de gouvernement d'entreprise de l'Association française de gestion financière (AGF) recommande aux sociétés dont les actions sont admises à la négociation, que le conseil d'administration informe les actionnaires sur la politique environnementale et sociale de l'entreprise, qualifiant cette question de sujet particulièrement important. Ce même code recommande en outre que le conseil d'administration dans les sociétés concernées inscrive sa stratégie et son action dans le cadre du développement durable de l'entreprise et qu'il prête « une attention toute particulière aux aspects sociaux et environnementaux sur un périmètre identique à celui des comptes consolidés »²⁶⁸.

En outre, certaines sociétés françaises²⁶⁹ sont membres de la *Global Business Initiative on Human Rights* (GBI), association regroupant des sociétés de partout dans le monde et dont l'objectif est de faire progresser les droits de l'homme dans le domaine des affaires à travers le monde. Dans le même sens, on peut également citer la norme internationale ISO 26000 qui fournit les lignes directrices pour tous types d'organisations concernant la responsabilité sociale et environnementale. Enfin, on peut encore relever que le Pacte mondial France, dont l'objectif est de renforcer le sens des responsabilités et le civisme des entreprises, notamment dans les domaines des droits de l'homme et de l'environnement, regroupe, en France, plus de 800 entreprises participantes.

3. Environnement

3.1. Obligation de diligence raisonnable en matière environnementale

L'obligation pour les dirigeants d'entreprise d'agir dans l'intérêt de la société emporte l'obligation de se comporter de manière prudente et diligente dans l'exercice de leur fonction, c'est-à-dire en évaluant les risques et les incertitudes auxquels la société est confrontée dans le cadre de ses activités. Comme indiqué ci-avant, le code de commerce fait d'ailleurs écho à cette norme générale de diligence puisqu'il prévoit – particulièrement pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou celles qui dépassent certains seuils – que le rapport de gestion préparé par le conseil d'administration à l'attention de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires doit indiquer les principaux risques et incertitudes auxquels est confrontée la société dans le cadre de ses activités. Si les risques et incertitudes en cause sont avant tout ceux qui valent pour la société elle-même, il n'en reste pas moins qu'une atteinte à l'environnement causée par les activités de la société constituera souvent également un risque pour la société elle-même, ne fut-ce que par le biais de la réclamation qui découlerait du préjudice causé.

En dehors de ce devoir général de prudence, la législation en matière environnementale prévoit que « les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics et privés qui, par leur nature, leurs dimensions ou leur localisation sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine sont précédés d'une étude d'impact »²⁷⁰. Les types de projets concernés sont fixés par décret. L'obligation de réaliser une étude d'impact environnemental concerne évidemment aussi les sociétés commerciales et implique logiquement que celles-ci respectent une obligation de diligence raisonnable dans la mise en place de leurs projets de travaux, ouvrages ou aménagement concernés par les dispositions législatives. Les études d'impact environnemental concernent

²⁶⁷ Les codes de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF et Middledenext ne contiennent pas de mesure d'encouragement à cet égard.

²⁶⁸ Recommandations sur le gouvernement d'entreprise, AGF, texte de référence, janvier 2013, disponible sur : www.afg.asso.org (23.10.2013).

²⁶⁹ Voir le site internet disponible sur : <http://www.global-business-initiative.org> (23.10.2013).

²⁷⁰ Article L122-1 code de l'environnement.

essentiellement les effets sur l'environnement dans les limites du territoire national. Cependant, lorsque l'autorité environnementale compétente « constate [que ce] projet est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement d'un autre Etat, membre de l'Union européenne ou partie à la Convention du 25 février 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière signée à Espoo », elle informe les autorités compétentes de cet autre Etat qui peut alors participer à l'enquête publique s'il y en a une ou consulter le dossier mis à la disposition du public.

On relève encore que la loi Grenelle II prévoit des **obligations spécifiques de procéder à un audit environnemental**. Ainsi, certaines catégories d'installations devant faire l'objet d'une déclaration auprès des autorités de la préfecture, peuvent être soumises à des « **contrôles périodiques** permettant à l'exploitant de s'assurer que ses installations fonctionnent dans les conditions requises par la réglementation », assurés sous la responsabilité de l'exploitant par des organismes agréés. Enfin, les conséquences du défaut de diligence raisonnable dans le domaine des droits de l'homme décrites ci-avant sont applicables en cas de défaut de diligence raisonnable en matière environnementale.

3.2. Obligation d'informer sur les impacts des activités de la société en matière environnementale

Concernant l'obligation d'informer sur les impacts des activités de la société en matière environnementale, nous renvoyons à ce propos à ce qui a été exposé concernant l'obligation d'information en matière de droits de l'homme. Les informations environnementales devant être divulguées au titre de l'article L 225-102-1 du code de commerce concernent essentiellement, pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé : l'organisation de la société pour prendre en compte les questions environnementales et, le cas échéant, les démarches d'évaluation ou de certification en matière d'environnement ; les actions de formation et d'information des salariés menées en matière de protection de l'environnement ; les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et des pollutions ; les mesures de prévention, de réduction ou de réparation de rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement ; les mesures de prévention, de recyclage et d'élimination des déchets ; l'utilisation durable des ressources énergétiques, notamment en eau et en matière premières ; les rejets de gaz à effet de serre ; les mesures prises pour préserver ou développer la biodiversité ; la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux environnementaux²⁷¹. Pour les sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent certains seuils²⁷², les informations environnementales devant être divulguées en vertu de l'article L 225-102-1 du code de commerce concernent essentiellement, en plus des informations précitées: le montant des

²⁷¹ Article R 225-105-1.I code de commerce (voir annexe).

²⁷² Le législateur a prévu des seuils dégressifs pour ce qui concerne les sociétés qui sont soumises à l'obligation de divulgation sans que les titres soient admis aux négociations sur un marché réglementé. L'article R225-104 du code de commerce (voir annexe) prévoit en effet que, pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2013, les S.A. dont le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires dépasse 100 millions d'euros, et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice dépasse 500 sont tenus à l'obligation de divulguer prévue à l'article L225-102-1 du code de commerce. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, ces seuils sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sous réserve que cette information ne soit pas de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours ; l'utilisation des sols en tant que ressource; l'adaptation aux conséquences du changement climatique ; l'importance de la sous-traitance et la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité environnementale²⁷³.

En outre, le code de l'environnement impose à toute personne morale de droit privé employant plus de cinq cents personnes d'établir un bilan de ses émissions de gaz à effet de serre tous les trois ans. Ce bilan est rendu public. Dans chaque région, le préfet de région et le président du conseil régional sont chargés de coordonner la collecte des données, de réaliser un état des lieux et de vérifier la cohérence des bilans.²⁷⁴

Ce qui a été exposé plus haut concernant l'accès aux informations divulguées par les sociétés concernées en matière d'impact sur les droits de l'homme, à la vérification de ces informations et aux conséquences du défaut d'information, est également valable pour ce qui concerne l'obligation d'informer sur les impacts des activités de la société en matière environnementale.

3.3. Propositions de réforme

En ce qui concerne les réformes possibles dans le domaine tant de l'obligation d'informer sur les impacts des activités de la société sur l'environnement qu'en ce qui concerne les obligations de diligence raisonnable dans ce même domaine, on relève que des Etats généraux de la modernisation du droit de l'environnement sont actuellement en cours. L'objectif du gouvernement est de diagnostiquer, par le biais d'un processus de consultation et concertation aussi large que possible, les points faibles de la législation environnementale actuellement en vigueur, dans le but, dans un deuxième temps, de l'améliorer. L'objectif de ces états généraux est ainsi de parvenir à l'élaboration d'une norme environnementale plus exigeante mais mieux conçue et plus lisible. En outre, des questions ont été posées dernièrement par des députés au sein de l'Assemblée nationale à des Ministres en charge, à propos de la nécessité de reconnaître la responsabilité des maisons mères des multinationales françaises pour les dommages sociaux et environnementaux causés par leurs filiales dans les pays émergents²⁷⁵. Ces questions devraient contribuer à alimenter le débat politique en cours dans les mois à venir. On relève enfin qu'un projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable est actuellement débattu à l'Assemblée nationale. Ce projet de loi prévoit notamment, en application de l'article 8 de la directive européenne n°2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique²⁷⁶, l'obligation pour les grandes entreprises de réaliser périodiquement un audit énergétique tous les quatre ans ainsi que la mise en place d'une procédure d'amélioration continue de la performance énergétique (système de management de l'énergie)²⁷⁷.

²⁷³ Article R 225-105-1.II code de commerce (voir annexe).

²⁷⁴ Article L 229-25 code de l'environnement (voir annexe).

²⁷⁵ Question écrite n°11808 de M. Philippe Plisson, député, J.O. Assemblée nationale du 27 novembre 2012. Voir aussi : Question écrite n°9034 de M. Pierre Morel-A-l'Huissier, député, J.O. Assemblée nationale du 6 novembre 2012.

²⁷⁶ Directive européenne n°2012/27/UE relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE.

²⁷⁷ Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans le domaine du développement durable, 6 mars 2013, disponible sur : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl0775.asp> (23.10.2013).

3.4. Mesures d'encouragement

La loi Grenelle II a prévu deux mesures relatives à la prise en charge par une société mère des dommages environnementaux causés par sa filiale. Premièrement, lorsque la filiale est en situation de liquidation judiciaire, la société mère est tenue de financer tout ou partie des mesures de remise en état des installations classées²⁷⁸ de la filiale en liquidation s'il est reconnu qu'elle est a commis une faute caractérisée ayant contribué à l'insuffisance d'actif de sa filiale²⁷⁹. Si la société mère est condamnée mais qu'elle n'est pas en mesure de financer la remise en état des installations, la société mère de celle condamnée à la remise en état peut à son tour être condamnée au financement de la remise en état. Si cette dernière société n'est pas non plus en mesure de financer la remise en état des installations, l'action peut être engagée contre la société mère de cette société. Deuxièmement, la loi Grenelle II prévoit que l'engagement en vertu duquel la société mère prend à sa charge, en cas de défaillance de sa filiale, tout ou partie des obligations de prévention et de réparation des dommages causés par la filiale sur l'environnement est sujet à une procédure de contrôle impliquant l'information du conseil d'administration, que celui-ci autorise la conclusion de la convention, que le commissaire aux comptes en soit avisé et que ce dernier établisse un rapport spécial à l'attention de l'assemblée générale des actionnaires et portant sur la nature et les modalités des engagements autorisés par le conseil d'administration ; enfin, que l'assemblée générale des actionnaires approuve lesdites conventions soit préalablement, soit lors de l'approbation des comptes annuels portant sur l'exercice au cours duquel la convention a été conclue.

On relève enfin parmi d'autres mesures d'encouragement à la diligence raisonnable et à la divulgation d'information en matière environnementale, qui sont quant à elles volontaires, au niveau européen, le système volontaire de certification de gestion environnementale (EMAS)²⁸⁰ ou encore, au niveau international, le système de certification ISO 14001 et 26000 (voir aussi ci-avant).

²⁷⁸ Sont visées par cette règle « les installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique » et qui sont pour cette raison « définies dans la nomenclature des installations classées établie par décret en Conseil d'Etat » (articles 511-1 et 511-2 code de l'environnement).

²⁷⁹ Article L 512-17 code de l'environnement.

²⁸⁰ Règlement (CE) n° 1221/2009 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 concernant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit (EMAS).

ANNEXE – Extraits de la législation française

Code de commerce

Article L. 225-100 du code de commerce

« L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve de prolongation de ce délai par décision de justice. Si l'assemblée générale ordinaire n'a pas été réunie dans ce délai, le ministère public ou tout actionnaire peut saisir le président du tribunal compétent statuant en référé afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, aux dirigeants de convoquer cette assemblée ou de désigner un mandataire pour y procéder.

Le conseil d'administration ou le directoire présente à l'assemblée son rapport ainsi que les comptes annuels et, le cas échéant, les comptes consolidés accompagnés du rapport de gestion y afférent.

Ce rapport comprend une analyse objective et exhaustive de l'évolution des affaires, des résultats et de la situation financière de la société, notamment de sa situation d'endettement, au regard du volume et de la complexité des affaires. Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution des affaires, des résultats ou de la situation de la société et indépendamment des indicateurs clés de performance de nature financière devant être insérés dans le rapport en vertu d'autres dispositions du présent code, l'analyse comporte le cas échéant des indicateurs clés de performance de nature non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.

Le rapport comporte également une description des principaux risques et incertitudes auxquels la société est confrontée.

L'analyse mentionnée au troisième alinéa contient, le cas échéant, des renvois aux montants indiqués dans les comptes annuels et des explications supplémentaires y afférentes.

Le rapport comporte en outre des indications sur l'utilisation des instruments financiers par l'entreprise, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de ses pertes ou profits. Ces indications portent sur les objectifs et la politique de la société en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale de transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture. Elles portent également sur l'exposition de la société aux risques de prix, de crédit, de liquidité et de trésorerie.

Est joint à ce rapport un tableau récapitulatif des délégations en cours de validité accordées par l'assemblée générale des actionnaires au conseil d'administration ou au directoire dans le domaine des augmentations de capital, par application des articles L. 225-129-1 et L. 225-129-2. Le tableau fait apparaître l'utilisation faite de ces délégations au cours de l'exercice.

Les commissaires aux comptes relatent, dans leur rapport, l'accomplissement de la mission qui leur est dévolue par les articles L. 823-9, L. 823-10 et L. 823-11.

L'assemblée délibère et statue sur toutes les questions relatives aux comptes annuels et, le cas échéant, aux comptes consolidés de l'exercice écoulé.

Elle exerce les pouvoirs qui lui sont attribués notamment par l'article L. 225-18, le quatrième alinéa de l'article L. 225-24, le troisième alinéa de l'article L. 225-40, le troisième alinéa de l'article L. 225-42

et par l'article L. 225-45 ou, le cas échéant, par l'article L. 225-75, le quatrième alinéa de l'article L. 225-78, l'article L. 225-83, le troisième alinéa de l'article L. 225-88 et le troisième alinéa de l'article L. 225-90. » (nous soulignons)

Article L. 225-100-1 du code de commerce

« Les troisième à sixième alinéas de l'article L. 225-100 ne s'appliquent pas aux sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé.

Ne sont pas tenues de fournir les informations de nature non financière mentionnées à la dernière phrase du troisième alinéa de l'article L. 225-100 les sociétés qui ne dépassent pas à la clôture de l'exercice des chiffres fixés par décret pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant net de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont des instruments financiers mentionnés au 1 ou au 2 du II de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier sont admis à la négociation sur un marché réglementé. »

*

Article L. 225-102—1 du code de commerce

« Le rapport visé à l'article L. 225-102 [le rapport de gestion] rend compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social, y compris sous forme d'attribution de titres de capital, de titres de créances ou de titres donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances de la société ou des sociétés mentionnées aux articles L. 228-13 et L. 228-93.

Il indique également le montant des rémunérations et des avantages de toute nature que chacun de ces mandataires a reçu durant l'exercice de la part des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16 ou de la société qui contrôle, au sens du même article, la société dans laquelle le mandat est exercé.

Ce rapport décrit en les distinguant les éléments fixes, variables et exceptionnels composant ces rémunérations et avantages ainsi que les critères en application desquels ils ont été calculés ou les circonstances en vertu desquelles ils ont été établis. Il fait mention, s'il y a lieu, de l'application du second alinéa, selon le cas, de l'article L. 225-45 ou de l'article L. 225-83. Il indique également les engagements de toutes natures, pris par la société au bénéfice de ses mandataires sociaux, correspondant à des éléments de rémunération, des indemnités ou des avantages dus ou susceptibles d'être dus à raison de la prise, de la cessation ou du changement de ces fonctions ou postérieurement à celles-ci. L'information donnée à ce titre doit préciser les modalités de détermination de ces engagements. Hormis les cas de bonne foi, les versements effectués et les engagements pris en méconnaissance des dispositions du présent alinéa peuvent être annulés.

Il comprend également la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans toute société par chacun de ces mandataires durant l'exercice.

Il comprend également des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité ainsi que sur ses engagements sociétaux en faveur du développement durable et en faveur de la lutte contre les discriminations et de la promotion des diversités. Un décret en Conseil d'Etat établit deux listes précisant les informations visées au présent alinéa ainsi que les modalités de leur présentation, de façon à permettre une

comparaison des données, selon que la société est ou non admise aux négociations sur un marché réglementé.

L'alinéa précédent s'applique aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé ainsi qu'aux sociétés dont le total de bilan ou le chiffre d'affaires et le nombre de salariés excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat. Lorsque la société établit des comptes consolidés, les informations fournies sont consolidées et portent sur la société elle-même ainsi que sur l'ensemble de ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés à la première phrase du présent alinéa ne sont pas tenues de publier les informations mentionnées au cinquième alinéa du présent article dès lors que ces informations sont publiées par la société qui les contrôle, au sens de l'article L. 233-3, de manière détaillée par filiale ou par société contrôlée et que ces filiales ou sociétés contrôlées indiquent comment y accéder dans leur propre rapport de gestion. Lorsque les filiales ou les sociétés contrôlées sont installées sur le territoire national et qu'elles comportent des installations classées soumises à autorisation ou à enregistrement, les informations fournies portent sur chacune d'entre elles lorsque ces informations ne présentent pas un caractère consolidable.

Les informations sociales et environnementales figurant ou devant figurer au regard des obligations légales et réglementaires font l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Cette vérification donne lieu à un avis qui est transmis à l'assemblée des actionnaires ou des associés en même temps que le rapport du conseil d'administration ou du directoire.

L'alinéa précédent s'applique à partir de l'exercice qui a été ouvert après le 31 décembre 2011 pour les entreprises dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Il s'applique à partir de l'exercice clos au 31 décembre 2016 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

L'avis de l'organisme tiers indépendant comporte notamment une attestation sur la présence de toutes les informations devant figurer au regard des obligations légales ou réglementaires. Cette attestation est due à partir de l'exercice qui a été ouvert après le 31 décembre 2011 pour l'ensemble des entreprises concernées par le présent article.

Les dispositions des deux derniers alinéas de l'article L. 225-102 sont applicables aux informations visées au présent article.

Les dispositions des premier à troisième alinéas ne sont pas applicables aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui ne sont pas contrôlées au sens de l'article L. 233-16 par une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé. Ces dispositions ne sont, en outre, pas applicables aux mandataires sociaux ne détenant aucun mandat dans une société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

A partir du 1er janvier 2013, le Gouvernement présente tous les trois ans au Parlement un rapport relatif à l'application par les entreprises des dispositions visées au cinquième alinéa et aux actions qu'il promeut en France, en Europe et au niveau international pour encourager la responsabilité sociétale des entreprises. » (nous soulignons)

Article R. 225-104 du code de commerce

« Les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 100 millions d'euros pour le total du bilan, à 100 millions d'euros pour le montant net du chiffre d'affaires et à 500 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

Le total du bilan, le montant net du chiffre d'affaires et le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice sont déterminés conformément aux quatrième, cinquième et sixième alinéas de l'article R. 123-200. » (nous soulignons)

NOTA:

Conformément au décret n° 2012-557 du 24 avril 2012, article 2 : Les dispositions du premier alinéa dans leur rédaction issue de l'article 1er du présent décret sont applicables aux exercices ouverts après le 31 décembre 2013.

Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2011, les seuils prévus au sixième alinéa de l'article L. 225-102-1 sont fixés à 1 milliard d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 5 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

Pour les exercices ouverts après le 31 décembre 2012, ces seuils sont fixés à 400 millions d'euros pour le total du bilan ou le montant net du chiffre d'affaires et à 2 000 pour le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice.

Article R. 225-105 du code de commerce

« Le rapport du conseil d'administration ou du directoire mentionné à l'article L. 225-102 expose, en application des dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 225-102-1, les actions menées et les orientations prises par la société et, le cas échéant, par ses filiales au sens de l'article L. 233-1 ou par les sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3, pour prendre en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité et remplir ses engagements sociétaux en faveur du développement durable.

Il présente les données observées au cours de l'exercice clos et, le cas échéant, au cours de l'exercice précédent, de façon à permettre une comparaison entre ces données.

Il indique, parmi les informations mentionnées à l'article R. 225-105-1, celles qui, eu égard à la nature des activités ou à l'organisation de la société, ne peuvent être produites ou ne paraissent pas pertinentes, en fournissant toutes explications utiles.

Lorsqu'une société se conforme volontairement à un référentiel national ou international en matière sociale ou environnementale, le rapport peut le mentionner en indiquant les préconisations de ce référentiel qui ont été retenues et les modalités de consultation de ce dernier. »

(nous soulignons)

Article R. 225-105-1 code de commerce

« I.-

Sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 225-105, le conseil d'administration ou le directoire de la société qui satisfait aux conditions prévues au premier alinéa de l'article R. 225-104 mentionne dans son rapport, pour l'application des dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 225-102-1, les informations suivantes :

1° Informations sociales :

a) Emploi :

- l'effectif total et la répartition des salariés par sexe, par âge et par zone géographique ;
- les embauches et les licenciements ;
- les rémunérations et leur évolution ;

b) Organisation du travail :

- l'organisation du temps de travail ;

c) Relations sociales :

- l'organisation du dialogue social, notamment les procédures d'information et de consultation du personnel et de négociation avec celui-ci ;
- le bilan des accords collectifs ;

d) Santé et sécurité :

- les conditions de santé et de sécurité au travail ;

- le bilan des accords signés avec les organisations syndicales ou les représentants du personnel en matière de santé et de sécurité au travail ;
- e) Formation :
 - les politiques mises en œuvre en matière de formation ;
 - le nombre total d'heures de formation ;
- f) Egalité de traitement :
 - les mesures prises en faveur de l'égalité entre les femmes et les hommes ;
 - les mesures prises en faveur de l'emploi et de l'insertion des personnes handicapées ;
 - la politique de lutte contre les discriminations ;

2° Informations environnementales :

- a) Politique générale en matière environnementale :
 - l'organisation de la société pour prendre en compte les questions environnementales et, le cas échéant, les démarches d'évaluation ou de certification en matière d'environnement ;
 - les actions de formation et d'information des salariés menées en matière de protection de l'environnement ;
 - les moyens consacrés à la prévention des risques environnementaux et des pollutions ;
- b) Pollution et gestion des déchets :
 - les mesures de prévention, de réduction ou de réparation de rejets dans l'air, l'eau et le sol affectant gravement l'environnement ;
 - les mesures de prévention, de recyclage et d'élimination des déchets ;
 - la prise en compte des nuisances sonores et de toute autre forme de pollution spécifique à une activité ;
- c) Utilisation durable des ressources :
 - la consommation d'eau et l'approvisionnement en eau en fonction des contraintes locales ;
 - la consommation de matières premières et les mesures prises pour améliorer l'efficacité dans leur utilisation ;
 - la consommation d'énergie, les mesures prises pour améliorer l'efficacité énergétique et le recours aux énergies renouvelables ;
- d) Changement climatique :
 - les rejets de gaz à effet de serre ;
- e) Protection de la biodiversité :
 - les mesures prises pour préserver ou développer la biodiversité ;

3° Informations relatives aux engagements sociétaux en faveur du développement durable :

- a) Impact territorial, économique et social de l'activité de la société :
 - en matière d'emploi et de développement régional ;
 - sur les populations riveraines ou locales ;
- b) Relations entretenues avec les personnes ou les organisations intéressées par l'activité de la société, notamment les associations d'insertion, les établissements d'enseignement, les associations de défense de l'environnement, les associations de consommateurs et les populations riveraines :
 - les conditions du dialogue avec ces personnes ou organisations ;
 - les actions de partenariat ou de mécénat ;
- c) Sous-traitance et fournisseurs :
 - la prise en compte dans la politique d'achat des enjeux sociaux et environnementaux.

II.-

Sous réserve des dispositions du troisième alinéa de l'article R. 225-105, et en complément des informations prévues au I, le conseil d'administration ou le directoire de la société dont les titres sont

admis aux négociations sur un marché réglementé mentionne dans son rapport les informations suivantes :

1° Informations sociales :

- b) Organisation du travail :
 - l'absentéisme ;
- d) Santé et sécurité :
 - les accidents du travail, notamment leur fréquence et leur gravité, ainsi que les maladies professionnelles ;
- g) Promotion et respect des stipulations des conventions fondamentales de l'Organisation internationale du travail relatives :
 - au respect de la liberté d'association et du droit de négociation collective ;
 - à l'élimination des discriminations en matière d'emploi et de profession ;
 - à l'élimination du travail forcé ou obligatoire ;
 - à l'abolition effective du travail des enfants ;

2° Informations environnementales :

- a) Politique générale en matière environnementale :
 - le montant des provisions et garanties pour risques en matière d'environnement, sous réserve que cette information ne soit pas de nature à causer un préjudice sérieux à la société dans un litige en cours ;
- c) Utilisation durable des ressources :
 - l'utilisation des sols ;
- d) Changement climatique :
 - l'adaptation aux conséquences du changement climatique ;

3° Informations relatives aux engagements sociétaux en faveur du développement durable :

- c) Sous-traitance et fournisseurs :
 - l'importance de la sous-traitance et la prise en compte dans les relations avec les fournisseurs et les sous-traitants de leur responsabilité sociale et environnementale ;
- d) Loyauté des pratiques :
 - les actions engagées pour prévenir la corruption ;
 - les mesures prises en faveur de la santé et de la sécurité des consommateurs ;
- e) Autres actions engagées, au titre du présent 3°, en faveur des droits de l'homme. »

Code monétaire et financier

Article L.533-22-1 du code monétaire et financier

« Les sociétés de gestion mettent à la disposition des souscripteurs de chacun des organismes de placement collectif en valeurs mobilières qu'elles gèrent une information sur les modalités de prise en compte dans leur politique d'investissement des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance. Elles précisent la nature de ces critères et la façon dont elles les appliquent selon une présentation type fixée par décret. Elles indiquent comment elles exercent les droits de vote attachés aux instruments financiers résultant de ces choix.

Le décret prévu à l'alinéa précédent précise en outre les supports sur lesquels cette information doit figurer et qui sont mentionnés dans le prospectus de l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières. » (nous soulignons)

Article D.533-16-1 du code monétaire et financier

« I.

L'information relative aux critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance mentionnée à l'article L. 533-22-1 est présentée de la manière suivante :

1° Informations relatives à la société de gestion de portefeuille :

- présentation de la démarche générale de la société de gestion sur la prise en compte de critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance dans la politique d'investissement ;
- contenu, fréquence et moyens utilisés par la société de gestion pour informer les investisseurs sur les critères relatifs aux objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance pris en compte dans sa politique d'investissement ;
- liste des organismes de placement collectif en valeurs mobilières gérés qui prennent simultanément en compte des critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance ; part, en pourcentage, des encours de ces organismes de placement collectif en valeurs mobilières dans le montant total des encours des organismes de placement collectif en valeurs mobilières gérés par la société de gestion ;

2° Informations relatives aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières gérés qui prennent simultanément en compte des critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance :

- adhésion éventuelle de ces organismes de placement collectif en valeurs mobilières à une charte, un code, ou obtention d'un label sur la prise en compte de critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance ;
- description des principaux critères pris en compte relatifs à ces objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance, en illustrant, le cas échéant, les distinctions éventuelles par secteur d'activité ou classe d'actifs ;
- informations générales utilisées pour l'analyse des émetteurs sur des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance : notation extrafinancière, analyse interne et externe sur la base des rapports mentionnés à l'article L. 225-102-1 du code de commerce ; autres ;
- description de la méthodologie d'analyse mise en œuvre relative aux critères sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance pris en compte ;
- description de la manière dont les résultats de l'analyse sur des critères relatifs au respect d'objectifs sociaux, environnementaux et de qualité de gouvernance sont intégrés dans le

processus d'investissement et de désinvestissement ; le cas échéant, description de la manière dont les valeurs non appréciées sur la base de ces critères sont prises en compte ;

3° informations relatives aux autres organismes de placement collectif en valeurs mobilières :

- indication qu'ils ne prennent pas simultanément en compte des critères sociaux, environnementaux, et de qualité de gouvernance.

II.

Les informations mentionnées au I sont présentées sur les supports suivants :

1° Les informations mentionnées au 1° du I sont présentées de façon aisément identifiable sur le site internet de la société de gestion ;

2° Les informations mentionnées au 2° et au 3° du I sont présentées :

- sur le site internet de la société de gestion, par organisme de placement collectif en valeurs mobilières ou par catégories d'organisme de placement collectif en valeurs mobilières. Ne sont pas soumis à cette obligation les organismes de placement collectif en valeurs mobilières réservés à certains investisseurs relevant des articles L. 214-25, L. 214-33 et L. 214-35 et les organismes de placement collectif en valeurs mobilières d'épargne salariale relevant des articles L. 214-39 à L. 214-41, sauf s'ils font l'objet d'une communication sur le site internet de la société de gestion ;
- dans le rapport annuel de chaque organisme de placement collectif en valeurs mobilières géré.

Ces informations peuvent être présentées selon un code élaboré par une association professionnelle. Dans ce cas, la société de gestion précise en préambule le code retenu. » (nous soulignons)

Code de l'environnement

Article L 229-25 code de l'environnement

« Sont tenus d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre :

1° Les personnes morales de droit privé employant plus de cinq cents personnes ;

2° Dans les régions et départements d'outre-mer, les personnes morales de droit privé employant plus de deux cent cinquante personnes exerçant les activités définies au 1° ;

3° L'Etat, les régions, les départements, les métropoles, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les communes ou communautés de communes de plus de 50 000 habitants ainsi que les autres personnes morales de droit public employant plus de deux cent cinquante personnes.

L'Etat et les personnes mentionnées aux 1° à 3° joignent à ce bilan une synthèse des actions envisagées pour réduire leurs émissions de gaz à effet de serre.

Ce bilan est rendu public. Il est mis à jour au moins tous les trois ans.

Il doit avoir été établi pour le 31 décembre 2012. Une méthode d'établissement de ce bilan est mise gratuitement à la disposition des collectivités territoriales et de leurs groupements.

Les bilans des émissions de gaz à effet de serre des personnes mentionnées au 3° portent sur leur patrimoine et sur leurs compétences.

Dans chaque région, le préfet de région et le président du conseil régional sont chargés de coordonner la collecte des données, de réaliser un état des lieux et de vérifier la cohérence des bilans. « (nous soulignons)

D. DÄNEMARK

1. Übersicht und Hintergrund

Dänemark scheint im internationalen Vergleich einen relativ grossen Wert auf das Thema Wirtschaft und Menschenrechte und insbesondere die Umsetzung des Grundsatzes einer verantwortungsvollen Unternehmensführung zu legen. So besteht eine Vielzahl verschiedener Initiativen und Massnahmen, die in der Regel schon vor der Verabschiedung der UNO Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte eingeleitet wurden, wenn auch die Verabschiedung der UNO Leitlinien den verschiedenen Massnahmen zusätzlichen Schwung verliehen haben mag. So wird nicht nur verschiedentlich auf die UNO Leitlinien hingewiesen,²⁸¹ sondern der im Mai 2012 von der Regierung verabschiedete **Handlungsplan für verantwortungsvolle Unternehmensführung**²⁸² nennt die Respektierung internationaler Prinzipien, u.a. der UNO Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte als eines von vier Handlungsgebieten („focus area“).²⁸³

Unter den verschiedenen Massnahmen und Initiativen lassen sich insbesondere drei Arten von Massnahmen unterscheiden: erstens gesetzliche und regulatorische Massnahmen, welche die Berücksichtigung des Grundsatzes einer verantwortungsvollen Unternehmensführung verankern, zweitens institutionelle Massnahmen, d.h. das Schaffen von Institutionen, die sich in der einen oder anderen Weise mit dem Grundsatz der verantwortungsvollen Unternehmensführung auseinandersetzen, und schliesslich (oft mit der zweiten Massnahme verbunden, da von betreffenden Institutionen ausgehend), unterstützende Massnahmen, welche die Umsetzung des Grundsatzes in verschiedener Art und Weise erleichtern sollen.

Unter den gesetzlichen und regulatorischen Massnahmen ist zunächst die 2008 im Jahresberichtsgesetz (*årsregnskabsloven*) eingeführte **Berichterstattungspflicht** über die Umsetzung und Anwendung des Grundsatzes der verantwortungsvollen Unternehmensführung zu nennen. Nach der ab 2009 in Kraft tretenden Änderung des Gesetzes müssen Unternehmen einer gewissen Grösse über ihre „policies“ im Bereich der Corporate Social Responsibility, deren Umsetzung und das Resultat davon sowie die künftigen Erwartungen jährlich Bericht erstatten. Mit Gesetz Nr. 546 vom 18. Juni 2012²⁸⁴ wurde vom Parlament eine weitere Änderung des Jahresberichtsgesetz beschlossen, nach der die betreffenden Unternehmen zusätzlich **spezifisch über die Politik des Unternehmens zur Respektierung der Menschenrechte und zur Reduzierung der Klimaauswirkungen** in ihrem Tätigkeitsbereich Bericht ablegen oder das Fehlen solcher Politiken erwähnen müssen. Dieselben Anforderungen gelten aufgrund von Regelungen der Finanzaufsicht (*Finanstilsynet*) auch für institutionelle Investoren (insbesondere Pensionskassen), Investitionsvereinigungen und börsenkotierte finanzielle

²⁸¹ So z.B. auf der Website der Wirtschaftsbehörde (Business Authority / Erhvervsstyrelsen), die der Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft (samfundsansvar / Corporate social responsibility) gewidmet ist: <http://www.samfundsansvar.dk>.

²⁸² Responsible Growth: Action Plan for Corporate Social Responsibility 2012 – 2015 / Ansvarlig vækst: Handlingsplan for virksomheders samfundsansvar 2012-2015, verfügbar unter http://www.samfundsansvar.dk/graphics/samfundsansvar.dk/dokumenter/ansvarlig_vækst_csrandlingsplan%202012.pdf (dänisch) bzw. <http://www.csrgov.dk/sw81832.asp> (englisch), (12.03.2013).

²⁸³ Responsible Growth, zit., S. 4 und 5.

²⁸⁴ Lov om mægling- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd, § 11 Ziff. 2.

Unternehmen (Geldinstitute und Versicherungsgesellschaften), die nicht unter das Jahresberichtsgesetz fallen.²⁸⁵

Auf der institutionellen Ebene widmen sich verschiedene Behörden und öffentliche Institutionen dem Thema der verantwortungsvollen Unternehmensführung sowie dem Bereich Wirtschaft und Menschenrechte, so z.B. das **dänische Institut für Menschenrechte** (The Danish Institute for Human Rights / *Institut for Menneske Rettigheder*), die staatliche Menschenrechtsinstitution Dänemarks, die **dänische Wirtschaftsbehörde** (*Erhvervsstyrelsen*), oder der aus 17 Personen bestehende **Rat für die verantwortungsvolle Unternehmensführung** (Rådet for Samfundsansvar), der vor allem den Dialog zwischen Wirtschaft, Regierung und NGOs fördern soll, aber auch eigene Initiativen ergreifen, Medienarbeit betreiben und der Regierung Vorschläge unterbreiten kann.²⁸⁶ Schliesslich wurde 2012 eine **Mediations- und Beschwerdeinstanz im Bereich der verantwortungsvollen Unternehmensführung** (*Mediation and Complaints-Handling Institution for Responsible Business Conduct / Mægling- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd*) geschaffen.

2. Menschenrechte

2.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Menschenrechtsbereich

2.1.1. Pflichten der Gesellschaftsorgane

a. Übersicht über Pflichtverteilung im Allgemeinen

Die Kapitalgesellschaft besteht im Wesentlichen (abgesehen vom allfällige erforderlichen Revisor) aus den Aktionären/Anteilshabern und dem Führungsorgan. Den in der **Generalversammlung** versammelten Aktionären/Anteilshabern steht neben gewissen Wahlbefugnissen insbesondere die Annahme des Jahresberichts, inkl. Gewinn- / Verlustverteilung zu. (§ 88 des Gesellschaftsgesetzes (Selskabsloven: „SL“).²⁸⁷

Gemäss § 111 kann eine Kapitalgesellschaft unter zwei Arten von **Führungsstrukturen** auswählen: einer Struktur mit einem Vorstand, der die übergeordnete und strategische Leitung inne hat und (aus Vorstandsmitgliedern oder externen Personen) eine Direktion für die operative Leitung einsetzt, sowie einer Struktur, bei der die Leitung der Gesellschaft durch die Direktion eingesetzt wird, welche von einem Aufsichtsrat (*tillsynsrad*) eingesetzt wird. Bei der zweiten Variante kann eine Person nicht gleichzeitig der Direktion und dem Aufsichtsrat angehören. Die Aufsichtsratsstruktur ist bei Gesellschaften mit mindestens 35 Angestellten obligatorisch, soweit die Angestellten in dieser Struktur ihr Recht gemäss § 140 SL Vertreter ins oberste Aufsichtsgremium zu wählen wahrnehmen

Die gesetzlich geregelten Aufsichtsfunktionen des **Vorstands** und des **Aufsichtsrat** beinhalten neben der Aufsicht über die Art Direktion und über die finanzielle Situation der Gesellschaft u.a. eine Pflicht dafür zu sorgen, dass ein **angemessenes Risikomanagement** und **internes Kontrollsystem** besteht (§ 115 Ziff. 2 bzw. § 116 Ziff. 2 SL).

²⁸⁵ S. Bekendtgørelse Nr. 112, 7.02.2013, om finansielle rapporter for forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser, § 132; vgl. die Informationen auf <http://www.samfundsansvar.dk/sw60596.asp> (14.03.2013).

²⁸⁶ S. <http://www.csrcouncil.dk/guidelines> (23.10.2013).

²⁸⁷ Lov Nr. 470 af 12. Juni 2009 om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), mit Änderungen zuletzt publiziert mit Lovbekendtgørelse 2011-04-11 nr. 322, mit Änderungen durch Lov 2012-12-18 nr. 1231.

Die Direktion ist für die tägliche Geschäftsführung zuständig, in Gesellschaften mit einem Aufsichtsrat darüber hinaus auch für die gesamte und strategische Führung (§ 117 SL). In der Vorstandsstruktur ist die Direktion weisungsgebunden (§ 117 Abs. 1 SL). Daneben bestehen gewisse finanzielle Führungspflichten (Buchführung, ordnungsgemässe Vermögensverwaltung, Sicherstellen der Bonität; § 118 SL).

Im Weiteren regelt das Gesetz die Schweigepflicht (§ 132 SL) sowie, bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Schädigung des Unternehmens oder Drittpersonen wie Kreditoren²⁸⁸, eine Schadenersatzpflicht (§ 361 SL). Nicht im Gesetz erwähnt, aber wohl unbestritten ist die Pflicht, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln.²⁸⁹

Zusätzliche Ausführungen zu den Pflichten der obersten Leitungsorgane (z.B. auch zum Risikomanagement) sind in den Empfehlungen zur Corporate Governance des Corporate Governance Komitees (*Komitéen for god Selskabsledelse*) vom August 2011 enthalten²⁹⁰. Diese Regeln sind zwar nicht im eigentlichen Sinne verbindlich, doch verlangt einerseits die Börse Nasdaq OMX Copenhagen A/S eine Erklärung (nach dem Grundsatz „Befolge oder Erkläre / Comply or explain“) der dänischen Gesellschaften (deren Aktien an der Börse gehandelt werden) darüber, wie sie sich zu den Empfehlungen zur Corporate Governance verhalten.²⁹¹ Eine ähnliche Vorschrift findet sich in dem auf grosse Gesellschaften anwendbaren § 107b des Jahresberichtsgesetzes²⁹².

Nach den Empfehlungen zur Corporate Governance soll u.a. die zentrale Führungsebene einen Dialog mit den Aktionären, aber auch mit den zentralen Interessensgruppen (*key stakeholders*) unterhalten.²⁹³ Zudem soll die zentrale Führungsebene eine „*Corporate Governance Policy*“ annehmen.²⁹⁴ Die Empfehlung führen auch die Pflichten des obersten Führungsorgans relativ detailliert aus.

b. Pflicht zur Untersuchung von Auswirkung der Aktivitäten auf Menschenrechte

Aus den gesetzlich geregelten Pflichten sowie auch aus der Haftungsbestimmung (§ 361 SL) ergibt sich keine Pflicht für die Direktoren oder die Verwaltungs- bzw. Aufsichtsratsmitglieder, Menschenrechtsaspekte zu berücksichtigen. Eine entsprechende Verpflichtung könnte je nach Situation und Aktivitäten aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht und aus der Pflicht zum Betreiben eines Risikomanagement hergeleitet werden, da diese nicht auf finanzielle Aspekte beschränkt sind.

In der Tat scheint Dänemark eher dem *stakeholder*-Modell zu folgen, auch wenn sich dies nicht ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt, so dass nicht ausschliesslich die Interessen der Aktionäre verbindlich sind.²⁹⁵ Dem entsprechen auch die oben erwähnten Empfehlungen zur Corporate

²⁸⁸ Karnov, Kommentar zu § 361 SL (Ziff. 1178, 2013).

²⁸⁹ S. P.K. Andersn & E. J.B. Sörensen, *The Principle of Shareholder Primacy in Company Law from a Nordic and European Regulatory Perspective*, in H. Birkmose et al. (Hrsg.), *The European Financial Market in Transition*, Kluwer 2011, S. 169 ff., S. 172; vgl. auch Plesner Law Firm, *Corporate Law Project*. Denmark, March 2011.

²⁹⁰ Verfügbar unter <http://www.corporategovernance.dk>.

²⁹¹ NASDAQ OMX Copenhagen A/S, *Regler for udstedere af aktier/Rules for issuers of shares*, 10.01.2011, verfügbar unter <http://www.nasdaqomx.com/nordicrules/>, Ziff. 4.3 (23.10.2013).

²⁹² LBK 323, 11.04.2011, *årsregnskabsloven* (ARL).

²⁹³ Empfehlung Nr. 1.1. und 2.1.

²⁹⁴ Empfehlung Ziff. 2.2.1.

²⁹⁵ S. P.K. Andersen & E. J.B. Sörensen, *The Principle of Shareholder Primacy in Company Law from a Nordic and European Regulatory Perspective*, in H. Birkmose et al. (Hrsg.), *The European Financial Market in Transition*, Kluwer 2011, S. 169 ff., S. 169 und 180.

Governance. Der Verpflichtung des Dialogs mit den *Stakeholder* lässt sich jedoch keine allgemeine Pflicht zur Berücksichtigung von Menschenrechtsauswirkungen entnehmen.

c. Die Berücksichtigung von Auslandaktivitäten und der Aktivitäten von Tochtergesellschaften

Da Risiken im Zusammenhang mit Auslandaktivitäten ebenso relevant sein können wie andere, ist die allfällige Pflicht zur Berücksichtigung von menschenrechtlichen Aspekten auch auf Auslandaktivitäten anwendbar. Gemäss derselben risikobasierten Sichtweise sind, allerdings wohl noch in beschränkterem Rahmen, in Einzelfällen die Auswirkungen der Aktivitäten von Tochtergesellschaften auf die Menschenrechte zu berücksichtigen.

2.1.2. Pflichten der Gesellschaft als Ganzes

Soweit ersichtlich bestehen (abgesehen von der Berücksichtigung des Nichtdiskriminierungsverbots) für die Gesellschaft als Ganzes keine Pflichten zur Berücksichtigung von Menschenrechtsaspekten.

2.1.3. Bestehen von sektoriellen Pflichten

Soweit ersichtlich bestehen keine sektoriellen Pflichten.

2.1.4. Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht

Gemäss § 367 SL können Verletzungen der gesetzlichen Vorschriften, inkl. der gesetzlich statuierten Übersichtspflichten im Zusammenhang mit dem Risikomanagementsystem, mit einer Busse bestraft werden. Zudem sieht § 361 SL eine Schadenersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft, Aktionären und Drittpersonen (z.B. Gläubiger) vor.

2.1.5. Reformbestrebungen

Soweit bekannt sind im Bereich der Sorgfaltspflichten keine Reformen geplant.

2.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandtätigkeiten und getroffene Massnahmen

2.2.1. Berichterstattungspflicht

Im Gesellschaftsgesetz selbst wird keine eigentliche Berichterstattungspflicht ausgeführt, wobei die Berichterstattung zwischen Direktion und Aufsichtsrat bzw. Vorstand eine Voraussetzung für das Funktionieren der Aufsicht ist. Die jährliche Berichterstattung wird für eine Vielzahl an Gesellschaftstypen, insbesondere der Aktiengesellschaften, durch das **Jahresberichtsgesetz (ARL)**²⁹⁶ geregelt. Dabei wird zwischen verschiedenen „Rechenschaftsklassen“ unterschieden (Unternehmen mit freiwilliger Berichterstattung, kleine Unternehmen, mittlere Unternehmen, grosse Unternehmen).²⁹⁷

²⁹⁶ LBK 323, 11.04.2011, årsregnskabsloven (ARL).

²⁹⁷ § 7 ARL; ein mittleres Unternehmen überschreitet zwei der folgenden Grössen nicht: Bilanzsumme von 143 Mio. DKK, Nettoumsatz von 286 DKK, durchschnittlich 250 Vollzeitbeschäftigte; von kleinen zu mittleren Unternehmen betragen die Grenzwerte 36 Mio DKK, 72 Mio DKK sowie 50 Vollzeitsbeschäftigte.

Im Jahresberichtsgesetz finden sich zwei Grundlagen für eine Berichterstattung über Menschenrechtsauswirkungen. Zunächst sind grosse Unternehmen in Umsetzung europäischer Vorgaben (s. oben, II., B., 2.) verpflichtet, Angaben über nichtfinanzielle Verhältnisse zu machen, soweit dies für das Verständnis der Situation des Unternehmens notwendig ist (§ 99 Abs. 2 ARL).

Zusätzlich sieht seit 2009 § 99a ARL vor, dass grosse Unternehmen den Lagebericht (ledelseberetningen) mit einem Bericht zur Corporate Social Responsibility (*samfundsansvar*) ergänzen sollen. Unter CSR wird gemäss der gesetzlichen Definition von § 99a Abs. 1 ARL das freiwillige Berücksichtigen von Menschenrechten, sozialen Verhältnissen, umwelt- und klimarelevante Verhältnissen sowie das Bekämpfen von Korruption in der Strategie und den Aktivitäten verstanden. Hat das Unternehmen keine CSR-Politik, soll dies im Lagebericht angegeben werden (§ 99a Abs. 1 ARL in fine). Zusätzlich sollen allfällige Politiken zur Einhaltung von Menschenrechten und zum Reduzieren der Klimaveränderung ausdrücklich im CSR-Bericht erwähnt werden. Falls keine (spezifischen) Politiken bestehen, ist dies im Lagebericht anzugeben (§99a Abs. 2; „comply or explain“).²⁹⁸

Gemäss § 99a Abs. 3 ARL soll der Bericht die Politiken, sowie allfällige Standards oder Richtlinien, welche angewendet werden, die Umsetzung dieser Politik, inkl. allfällige Systeme dazu, und schliesslich eine Einschätzung der Auswirkungen der Politik enthalten.

Für Konzerne genügt ein Bericht für den gesamten Konzern (§ 99a Abs. 5 und 6 ARL). Sofern eine Gesellschaft einen Bericht in Verbindung mit UN Global Compact oder mit den UNO Prinzipien für verantwortungsvolle Investitionen erstellt hat, entfällt die Berichtspflicht gemäss § 99a (99a Abs. 8 ARL).

Dieselben Anforderungen gelten aufgrund von Regelungen der Finanzaufsicht (*Finanstilsynet*) auch für institutionelle Investoren (insbesondere Pensionskassen), Investitionsvereinigungen und börsennotierte finanzielle Unternehmen (Geldinstitute und Versicherungsgesellschaften), die nicht unter das Jahresberichtsgesetz fallen.²⁹⁹

Zur Umsetzung der gesetzlichen Anforderungen hat die *Erhvervsstyrelsen* (Wirtschaftsbehörde) eine detaillierte *Wegleitung* herausgegeben, welche die gesetzlichen Anforderungen ausführt und erklärt.³⁰⁰ Zudem werden die Folgen der Regelung im Hinblick auf die CSR-Berichterstattung 2009 und 2010 jeweils statistisch begleitet.³⁰¹

²⁹⁸ Eingefügt durch das Gesetz Nr. 546 vom 18.06.2012 (Lov om mægling- og klageinstitutioner for ansvarlig virksomhedsadfærd).

²⁹⁹ S. Bekendtgørelse Nr. 112, 7.02.2013, om finansielle rapporter for forsikringsselskaber og tværgående pensionskasser, § 132; vgl. die Informationen auf <http://www.samfundsansvar.dk/sw60596.asp> (14.03.2013).

³⁰⁰ *Redegørelse for samfundsansvar – praktisk vejledning & inspiration*, 2. Auflage 2010, verfügbar unter [http://www.eogs.dk/graphics/publikationer/CSR/Redeg%F8relse for samfundsansvar.pdf](http://www.eogs.dk/graphics/publikationer/CSR/Redeg%F8relse%20for%20samfundsansvar.pdf) (24.10.2013); eine Kurzversion ist in englischer Sprache verfügbar: *Reporting on Corporate Social Responsibility – An introduction for supervisory and executive boards*, verfügbar unter [http://csrgov.dk/file/320019/short version guide on fulfilling the requirements 2009.pdf.pdf](http://csrgov.dk/file/320019/short%20version%20guide%20on%20fulfilling%20the%20requirements%202009.pdf.pdf) (24.10.2013).

³⁰¹ S. Corporate Social Responsibility and Reporting in Denmark. Impact of the second year subject to legal requirements for reporting on CSR in the Danish Financial Statements Act, verfügbar in englischer und dänischer Sprache unter [http://www.samfundsansvar.dk/undersogelser af lovkravets effekt](http://www.samfundsansvar.dk/undersogelser%20af%20lovkravets%20effekt) (24.10.2013).

2.2.2. Revision und Zugang zu den Rechenschaftsberichten

Der Bericht über Corporate Social Responsibility kann im Anschluss an den Lagebericht oder in einem zusätzlichen Bericht zum Jahresbericht oder auf der Website des Unternehmens veröffentlicht werden (§ 99a Abs. 4 ARL).³⁰² In diesem Fall ist der Revisor verpflichtet, die Verweise auf die Veröffentlichung und die Richtigkeit der Bezeichnung zu überprüfen.³⁰³ Als Teil des Lageberichts scheint der Bericht auch einer Revision zu unterliegen.³⁰⁴

Ganz allgemein muss der Jahresbericht schon bei KMU's der „Erhvervs- og Selskabsstyrelsen“ zugestellt werden (§ 138 ARL). Die Jahresberichte scheinen öffentlich (§ 154 ARL).

2.2.3. Rechtsfolgen bei fehlender Berichterstattung

Nach § 164 ARL kann eine Verletzung der beschriebenen Bestimmungen (also z.B. das Unterlassen einer Angabe über das Fehlen einer Menschenrechtspolitik) zur Berichterstattungen mit Busse bestraft werden.

2.2.4. Reformbestrebungen

Es sind uns keine weiteren Reformbestrebungen bekannt.

2.3. Unterstützende Massnahmen

2.3.1. Voraussetzungen der Konstituierung einer Gesellschaft und der Börseneinführung

Menschenrechtsberichterstattung und Due Diligence ist keine Voraussetzung für die Konstituierung einer Gesellschaft. Zur Börseneinführung ist nur (aber immerhin) darüber zu informieren, ob in der Heimatrechtsordnung ein Corporate Governance Code befolgt wird oder, bei dänischen Gesellschaften, ob die Empfehlungen zur Corporate Governance befolgt werden.³⁰⁵

2.3.2. Weitere staatliche Massnahmen

Auf der institutionellen Ebene widmen sich verschiedene Behörden und öffentliche Institutionen dem Thema der verantwortungsvollen Unternehmensführung sowie dem Bereich Wirtschaft und Menschenrechte. So hat die Abteilung „Wirtschaft und Menschenrechte“ des **dänischen Instituts für Menschenrechte** (*The Danish Institute for Human Rights / Institut for Menneske Rettigheder*), u.a. in Zusammenarbeit mit Unternehmen ein „**Assessment Tool for Companies**“ erarbeitet, welches die **Erkennung menschenrechtsspezifischer Risiken** in einem Unternehmen erleichtern soll.³⁰⁶ Das Institut stellt verschiedene weitere Instrumente zur Verfügung, welche die menschenrechtliche

³⁰² Für die detaillierten Regelungen s. Bekendtgørelse om offentliggørelse af redegørelse for virksomhedsledelse og redegørelse for samfundsansvar på virksomhedens hjemmeside mv., BEK Nr. 761, 20.07.2009.

³⁰³ § 8 NEK Nr. 761, zit.

³⁰⁴ § 135(5) ARL; s. G. Krogh Jensen, Offentliggørelse af redegørelse for virksomhedsledelse og redegørelse for samfundsansvar på virksomhedens hjemmeside mv., *Revision & Regenskapsvaesen* 2009, S. 31 ff.

³⁰⁵ NASDAQ OMX Copenhagen A/S, Regler for udstedere af aktier/Rules for issuers of shares, 10.01.2011, verfügbar unter <http://www.nasdaqomx.com/nordicrules/>, Ziff. 2.5 (24.10.2013).

³⁰⁶ S. <https://hrca2.humanrightsbusiness.org/> (24.10.2013).

Risikoerkennung und das Ausrichten der Unternehmen auf entsprechende Standards erleichtern sollen (z.B. Company Risk Mapping, Country Risk Mapping, Policy Analysis, Self Assessment Tools)³⁰⁷

Auch andere Behörden spielen eine wichtige Rolle im Kontext der verantwortungsvollen Unternehmensführung. So unterhält die **dänische Wirtschaftsbehörde (Erhvervsstyrelsen)** eine Website mit verschiedenen Informationen zum Thema der Corporate social responsibility³⁰⁸ inklusive Links auf verschiedene sektorspezifische und allgemeine „Tools“, welche die Umsetzung des Grundsatzes erleichtern sollen.³⁰⁹ Mit dem Projekt „Danish Responsibility“ vermarktet die Wirtschaftsbehörde zudem den hohen Standard der Umsetzung der CSR in Dänemark auch international.³¹⁰

Der aus 17 Personen bestehende **Rat für die verantwortungsvolle Unternehmensführung (Rådet for Samfundsansvar)**, der vor allem den Dialog zwischen Wirtschaft, Regierung und NGOs fördern soll, hat 2010 7 Richtlinien für „sustainable supply chain management“ erarbeitet.³¹¹

Schliesslich wurde 2012 eine **Mediations- und Beschwerdeinstanz im Bereich der verantwortungsvollen Unternehmensführung (Mægling- og klageinstitutionen for ansvarlig virksomhedsadfærd)** geschaffen. Damit wurde der National Contact Point der OECD Richtlinien für multinationale Unternehmen mit einem veritablen Klagemechanismus ausgestattet. Daneben hat auch diese Institution eine Informationsaufgabe, die sich in erster Linie auf die OECD Richtlinien und deren Umsetzung bezieht.

2.3.3. Nicht-staatliche Gütesiegel oder andere freiwillige Initiativen

Neben der Vielfalt staatlicher Initiativen und des entsprechenden staatlichen Rahmens, besteht eine Vielzahl von Publikationen für die hier interessierende Thematik und es scheinen sich verschiedene Firmen darauf spezialisiert zu haben.³¹² Die Mehrheit der oben (2.3.2.) erwähnten staatlichen Initiativen basieren zudem auf Freiwilligkeit oder auf Anerkennung und Unterstützung von freiwilligen Initiativen.

3. Umweltauswirkungen

3.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Umweltbereich

Die obigen Ausführungen zum Fehlen spezifischer Vorschriften bezüglich Due Diligence (2.1.) gelten im Grundsatz auch für den Umweltbereich, d.h. die Berücksichtigung von Umweltaspekten wird in der gesellschaftsrechtlichen Gesetzgebung und in den Empfehlungen zur Corporate Governance

³⁰⁷ S. dazu <http://www.humanrights.dk/focus+areas/human+rights+and+business/tools+and+methods/risk+frameworks+for+businesses> (24.10.2013).

³⁰⁸ <http://www.csrgov.dk/> (in englischer Sprache) bzw. (24.10.2013). <http://www.samfundsansvar.dk> (in dänischer Sprache) (24.10.2013).

³⁰⁹ Z.B. Ideas Compass, Climate Compass, CSR Compass, etc., s. <http://www.csr.gov> sowie www.csrcopass.com (23.10.2013); s. auch die Praktische Wegleitung zu CSR-Berichten.

³¹⁰ S. <http://danishresponsibility.dk> (24.10.2013); s. dazu auch die Ausführungen auf der Website der Wirtschaftsbehörde http://www.samfundsansvar.dk/projekt_danish_responsibility (24.10.2013).

³¹¹ S. <http://www.csrcouncil.dk/guidelines> (24.10.2013).

³¹² Z.B. GLOBAL CSR (www.global-csr.com) (24.10.2013); CSR (www.csr.dk) (24.10.2013).

nicht ausdrücklich erwähnt, eine Berücksichtigung kann sich aber je nach Situation im Rahmen des Risikomanagements aufdrängen und kann im Rahmen des empfohlenen Stakeholder-Dialogs relevant sein.

Die Umweltgesetzgebung enthält hingegen verschiedene Mechanismen, welche mindestens indirekt zu einer Sorgfaltsprüfung animieren, so z.B. der Inspektionsmechanismus³¹³, das Genehmigungserfordernis für umweltverschmutzende Tätigkeiten,³¹⁴ oder die Umweltverträglichkeitsprüfung im Rahmen des Raumplanungsgesetzes³¹⁵ oder im Rahmen neuer Ölplattformen.³¹⁶ Die verschiedenen Vorschriften scheinen jedoch jeweils territorial beschränkt (d.h. ausschliesslich auf Aktivitäten in Dänemark anwendbar) zu sein, weshalb hier nicht weiter darauf eingegangen wird.

3.2. Verpflichtung zur Berichterstattung

3.2.1. Berichterstattungspflicht

Für die Berichterstattungspflicht im Rahmen der Grundsätze der verantwortungsvollen Unternehmensführung kann vollumfänglich auf 2.2.1. verwiesen werden – Umweltaspekte werden jeweils unmittelbar neben Menschenrechtsaspekten genannt. Die durch die vierte Richtlinie des Rates über den Jahresabschluss vorgegebene Berichterstattung im Rahmen des Lageberichts ist dabei – wie im europäischen Recht – insofern etwas ausgeprägter, dass die Umweltverhältnisse (anders als Menschenrechtsaspekte) ausdrücklich als nicht finanzielle Verhältnisse erwähnt werden, über welche gegebenenfalls berichtet werden muss (§ 99 Abs. 2 ARL).

Zusätzlich verlangt § 99 Abs. 1 Ziff. 9 ARL (der bereits für mittlere Unternehmen anwendbar ist), dass der Lagebericht die Auswirkungen einer Gesellschaftstätigkeit auf die Umwelt sowie Massnahmen zur Vorbeugung, Reduktion oder Abwendung von Umweltschäden nennen muss. Diese Pflicht wird interessanterweise angesichts von § 99a ARL kaum diskutiert³¹⁷, so dass deren effektive Reichweite nicht beurteilt werden kann. Bei Konzernen (ab einer gewissen Grösse) ist grundsätzlich eine einheitliche Konzernberichterstattung zu erstellen (s. dazu § 109 ff., insbesondere § 128 ARL).

3.2.2. Revision und Zugang zu den Rechenschaftsberichten sowie Rechtsfolgen

Für Revision und Zugang zu den Rechenschaftsberichten sowie Rechtsfolgen bei einer Pflichtverletzung kann vollumfänglich auf obige Ausführungen (2.2. verwiesen werden).

³¹³ S. dazu den Beschrieb auf der Website der dänischen Umweltbehörde (in englisch): http://www.mst.dk/English/Industry/environmental_inspection/danish_regulations/danish_regulations.htm (24.10.2013).

³¹⁴ S. dazu http://www.mst.dk/English/Industry/environmental_permits_for_industry/ (24.10.2013).

³¹⁵ § 11g Lovbekendtgørelse nr. 937 af 24. september 2009 af lov om planlægning (in einer älteren Version auch in englischer Sprache verfügbar: <http://www.naturstyrelsen.dk/NR/rdonlyres/07000CC6-C7F2-4DBE-B23A-018DF195E022/50763/planlovenpengelsk2007.pdf> (24.10.2013); s. dazu die diesbezüglich Website des dänischen Generaldirektorats für Natur (Naturstyrelsen), verfügbar unter http://www.naturstyrelsen.dk/Planlaegning/Det_danske_plansystem/ (24.10.2013).

³¹⁶ S. dazu <http://www.ens.dk/en-US/OilAndGas/Environment/EIA/Sider/Forside.aspx> (24.10.2013).

³¹⁷ S. immerhin die Information auf der Website einer der grössten dänischen Revisionsgesellschaften: <http://www.beierholm.dk/publikationer/regnskab/aarsregnskabsloven/eksempler/ledelsesberetning.html> (24.10.2013).

3.2.3. Reformbestrebungen

Es sind momentan keine Reformbestrebungen bekannt.

3.3. Unterstützende Massnahmen

3.3.1. Erstellen eines Berichts als Voraussetzungen für die Konstituierung oder die Börseneinführung

Sowohl für die Konstituierung als auch für die Börseneinführung kann auf obige Ausführungen (2.3.1.) verwiesen werden.

3.3.2. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer „Due Diligence“ oder zur Berichterstattung

Zusätzlich zu den unter 2.3.2. genannten allgemeinen Massnahmen ist hier der vom dänischen Beschäftigungsministerium und Vertretern der Wirtschaft entwickelte **Klimakompass** zu erwähnen. Dieser soll das Erstellen einer Klimastrategie sowie die Berechnung des CO₂ Ausstosses, Massnahmen zur Verringerung sowie die Kommunikation diesbezüglich erleichtern.³¹⁸

Schliesslich geht das produktspezifischen Gütesiegel **Nordic Ecolabel**³¹⁹ auf eine staatliche Initiative der Ministerpräsidenten aller skandinavischen Länder zurück.

3.3.3. Überblick über Bestehen allfälliger Nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

Bei den freiwilligen Initiativen bzw. Nicht-staatlichen Gütesiegeln erscheint insbesondere der **OMX GES Sustainable Nordic Index** relevant. Es handelt sich um einen 2004 geschaffenen Index von skandinavischen börsenkotierten Gesellschaften, welche aufgrund ihrer Bereitschaft in Menschenrechts-, Umwelt und Corporate Governance Aspekten von GES Investment Services (Global Engagement Services), einer eigens dazu gegründeten Gesellschaft, ausgewählt werden.³²⁰

³¹⁸ S. <http://www.climatecompass.dk/#/352811/> (24.10.2013).

³¹⁹ S. dazu die Regulations of Nordic Ecolabelling of Products, verfügbar unter <http://www.ecolabel.dk/da/virksomheder/regler-for-miljoemaerkning/-/media/Ecolabel/Files/Virksomheder/Regler%20for%20markedsføring/Regulations-for-the-Nordic-ecolabelling-of-products-2011.pdf> (24.10.2013).

³²⁰ S. für eine Übersicht: http://www.ges-invest.com/pages_iub/?ID=69 (24.10.2013)

Proposal for an Act amending the Danish Financial Statements Act³²¹

(Report on social responsibility for large businesses)

8 October 2008

In the Danish Financial Statements Act ("Årsregnskabsloven"), cf. Consolidated Act no. 647 of 15 June 2006, as amended by section 5 of Act no. 108 of 7 February 2007, section 63 of Act no. 468 of 17 June 2008 and Act no. 516 of 17 June 2008, the following amendments shall be made:

1.- After section 99 the following shall be inserted:

"99a.-(1) Large businesses shall supplement their management's review with a report on social responsibility, cf. subsections (2)-(7). Corporate social responsibility shall mean that businesses voluntarily include considerations for human rights, societal, environmental and climate conditions as well as combating corruption in their business strategy and corporate activities. Businesses without policies on social responsibility shall disclose this information in their management's review.

(2) The report shall contain information about

- 1) the policies of the business on social responsibility, including any standards, guidelines or principles for social responsibility that the business is using;
- 2) how the business realises its policies on social responsibility, including any systems or procedures in this respect;
- 3) assessment of the business on achievements resulting from its work on social responsibility in the financial year, and any future expectations to the work of the business.

(3) The report shall be submitted in connection with the management's review. However, instead the business may choose to submit its report

- 1) as part of a supplementary statement to the annual report, cf. section 14 and to which reference is made in the management's review, cf. subsection (4), 1st clause, or
- 2) on the website of the business with a reference in the management's review, cf. subsection (4), 2nd clause.

(4) The Danish Commerce and Companies Agency shall lay down rules for publication of the report on social responsibility in a supplementary statement to the annual report as well as the duties of the auditor in relation to the information published in such a statement, cf. subsection (3), no. 1. The Danish Commerce and Companies Agency shall lay down rules on publication of the report on social responsibility on the website of the business, including rules on updating information on the website of the business and the duties of the auditor in relation to the information published on the website, cf. subsection (3), no. 2.

(5) For businesses that prepare consolidated financial statements, it shall be considered sufficient to submit information for the group as a whole pursuant to subsections (1) and (2).

(6) A subsidiary which is part of a group may refrain from including this information in its management's review, if

- 1) the parent company complies with the disclosure requirements according to subsections (1) and (2) for the whole group; or
- 2) the parent company has prepared a progress report in connection with accession to the UN Global Compact or the UN principles for responsible investments.

(7) A business which has prepared a progress report in connection with accession to the UN's Global Compact or the UN principles for responsible investments may refrain from providing the

³²¹

Inoffizielle Übersetzung, verfügbar unter http://csrgov.dk/file/319999/proposal_report_on_social_resp_december_2008.pdf (24.10.2013); die aktuell gültige Fassung weicht teilweise vom Entwurf von 2008 publizierten Entwurf ab.

information described in subsections (1) and (2). The business shall state in its management's review that it is making use of this exemption and state where the report is publicly available."

2. In section 135(5) the following shall be inserted as the 1st clause:

"Where it is permitted by legislation that information which is given in the financial statements or consolidated financial statements may alternatively be placed in other documents, etc. to which reference is made in the financial statements or consolidated financial statements, the audit obligation under subsection (1), 1st clause shall include the information stated in such documents etc."

3. In section 135(5), the following shall be inserted after the 2nd clause as the 3rd clause:

"The 2nd and 3rd clauses shall apply to information stated in the management's review and information, which under this Act or regulations issued pursuant to this Act, is alternatively published elsewhere and to which reference is made in the management's review."

4. In section 135a(1), 1st clause, "management's review, cf. section 135(5), 2nd clause", shall be amended to "management's review etc., cf. section 135(5), 3rd and 4th clauses".

5. After section 149 the following shall be inserted before the heading "Non-receipt or late receipt of the annual report or exemption statement:

"149a. Where it is permitted by legislation that information which shall be stated in the annual report may be alternatively placed in other documents etc. than the annual report, such documents etc. shall be made available to the users of financial statements at the same time as the annual report."

2

This Act shall enter into force on 1 January 2009 and shall apply for the financial year commencing on 1 January 2009 or later.

3

This Act shall not apply to the Faeroe Islands and Greenland, but may be brought into force wholly or partly by Royal Decree for Greenland subject to any variations necessitated by the specific conditions prevailing in Greenland.

E. NIEDERLANDE³²²

1. Overview on the Implementation of International Standards on Business and Human Rights in General

The UN Principles on Business and Human Rights have not been explicitly transposed into Dutch national law. There are, however, different initiatives for promoting Corporate Social Responsibility, often dating back to before the adoption of the UN Principles. The **Government Vision on Corporate Social Responsibility 2008 – 2011** (following a policy for 2001-2006) is an official commitment to principles of Corporate Social Responsibility and provides a (possibly outdated) overview of several initiatives in that context.³²³ In spite of the fact that no new Vision seems to have been adopted (yet), the topic is still important in the political agenda.³²⁴

More specifically, the management boards of stock-listed companies of a certain size are bound by the **Dutch code for corporate governance** that requires not only that the management board takes into account CSR issues, but also reporting on those issues or explaining why this is not done. More specifically, it requires the companies concerned to explain how they implement international best practice for their management and supervisory boards.³²⁵

In addition, in implementing European Directives, the general requirements for annual reports provide for an inclusion of non-financial performance indicators (except for SME), including aspects concerning the environment and personnel, as far as they are “necessary for a proper understanding of the developments, the results or the position of the legal person and group companies.”³²⁶

Further steps to improve CSR reporting might follow. A current proposal for reform would require pension funds to report on the extent human rights, environmental and social issues are taken into account in their investment policies.

In addition to those obligations that provide for (though very limited) due diligence and reporting obligations, the government supports several other initiatives aimed at facilitating Human Rights and environmental due diligence and reporting such as an annual Transparency Benchmark survey.³²⁷ The Ministry of Economic Affairs is also actively promoting to the use of the OECD guidelines.³²⁸

³²² Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

³²³ Available on <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2008/03/25/government-vision-on-corporate-social-responsibility-2008-2011.html> (24.10.2013).

³²⁴ See Dutch Government, Contribution by the government of the Netherlands to the renewed EU-strategy for CSR, 05.07.2012, available at <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2012/07/05/contribution-by-the-government-of-the-netherlands-to-the-renewed.html> (24.10.2013).

³²⁵ European Commission / J. Knopf et al., Corporate Social Responsibility. National Public Policies in the European Union (2011), November 2010, available at <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=331&langId=en> (24.10.2013), p. 28.

³²⁶ Art. 2.391.1 Burgerlijk Wetboek.

³²⁷ Dutch Government, Contribution by the government of the Netherlands to the renewed EU-strategy for CSR, 05.07.2012, available at <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/richtlijnen/2012/07/05/contribution-by-the-government-of-the-netherlands-to-the-renewed.html> (24.10.2013), p. 6.

³²⁸ Available in Dutch:

At the institutional level, the Ministry of Economic Affairs has set up **MVO Nederland** (Corporate Social Responsibility Netherlands) as a national knowledge center and network organization. In that capacity, MVO Nederland can support companies in designing due diligence procedures in the area of Human Rights and Environment. Also on the institutional level, the National Contact Point for the OECD guidelines for Multinational Enterprises can play a similar role.

Finally, a number of corporate initiatives exist such as the **Global Compact Network Netherlands** of ten multinational Dutch companies that compiled suggestions on “How to do business with respect for human rights, a guidance for companies” in 2010, including practical suggestions for human rights due diligence. Also the **Social Economic Council of the Netherlands**, an advisory and consultative body of employers’ representatives, union representatives and independent experts has an International Corporate Social Responsibility Committee that follows developments and has monitored especially CSR reporting practices.³²⁹ For 2013, the Committee intends to focus mainly on due diligence issues.³³⁰

2. Due Diligence and Reporting Requirements on Human Rights

2.1. Duty to carry out a Human Rights Due Diligence

2.1.1. Duty of corporate bodies

The following information is based on the company structures of Public Limited Liability Companies and Private Limited Liability Companies.

a. Overview

There are at least two kinds of corporate bodies:³³¹ the shareholder’s meeting and the management board (*directie* or *bestuur*). The shareholder’s meeting has amongst other functions³³² the power to appoint, designate³³³, suspend and remove managing directors and supervisory directors and to adopt the annual accounts of the corporation. These powers are used by the supervisory board in case of a “large company”. If the law or the articles of association require it, the meeting also has the right to appoint auditors.

The management board (*bestuur*) acts as the executive of the corporation.³³⁴ In many companies, there is also a supervisory board (*raad van commissarissen*) which advises and supervises the

³²⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/03/29/kamerbrief-voortgang-beleid-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen.html> (24.10.2013).

Abstract of ICSR progress report, available at <http://www.ser.nl/~media/Files/Internet/Talen/Engels/2012/icsr-progress-report-2012.ashx> (24.10.2013).

³³⁰ Abstract of ICSR progress report, cit.

³³¹ In spite of the fact that Dutch legislation does not define the notion of corporate body, academic writing proposes the following definition: “Any institution within the corporation which either by law or by articles of association received certain powers to make decisions within the corporation.”, Schuit, *Corporate Law and Practice of the Netherlands*, The Hague 2002, p. 91.

³³² Increase the capital: art. 2:121a (NV) and 2:231a (BV) Burgerlijk Wetboek; approve major changes to the corporate structure: art. 2:121 to 125 (NV) and 2:131 to 135 (BV) Burgerlijk Wetboek.

³³³ Art. 2: 132 *et seq.* (NV) and 2:242 *et seq.* (BV) Burgerlijk Wetboek.

³³⁴ art. 2:130 (NV) and 2: 240 (BV) Burgerlijk Wetboek.

management board.³³⁵ The powers of the supervisory board are mandatorily extended in case a corporation is qualified as a specific type of “large company”.³³⁶ Each board is liable for its duties. For a corporation qualified as a “large company” (*‘structuurvennootschap’* ex art. 2:153 (NV) and 2:263 (BV) Burgerlijk Wetboek) which is registered with the Commercial Register, it is mandatory to have a supervisory board.

Generally, it seems that according to Dutch legal scholarship, a director – including members of the management and the supervisory board – has to “act in the interests of the company in the broadest sense, i.e. the combined interests of its shareholders, its employees, its creditors and even society at large.”³³⁷ Since January 1st 2013, a director has to “direct their attention to the interests of the Corporation and of the enterprises connected with it.”³³⁸ It is not entirely clear, how this legislative change affects the interpretation of the corporate interest, that previously included the interests of non-shareholders (i.e. employees, creditors, society at large) under Dutch law, though it seems that already previously, Dutch academic writings did not agree on the relationship between the various interests, though there are indications, including in explanatory notes, that the traditional stakeholder model with all interested parties on equal footing is adopted.³³⁹

It might be possible to argue, given such a broad duty on directors, that taking into account the risks for a company is part of the director’s duty. However, no explicit references have been found in academic writing on that topic. An indication that directors have to take into account risks might be derived from the requirement on the annual report (Art. 2:391.1 Burgerlijk Wetboek) according to which “[t]he annual report shall describe the principal risks and contingencies to which the legal person is subject” (see more in detail below, 2.2.1.).

b. *The duty to take into account impact of corporate activities on Human Rights (due diligence)*

In the Netherlands, there is no specific legal or regulatory duty for any officer of a company to analyse how the activities of a company affect human rights (due diligence) that would concretise the relatively broad notion of corporate interest described above (a.). Given the broad notion of corporate interest, it could however be argued that human rights issues have to be taken into account by directors in so far as they are relevant to the company and especially deter or address activities that have a negative impact on human rights.³⁴⁰ The Dutch Ministry of Economic Affairs has pointed out that due diligence on human rights can be considered as a general principle for

³³⁵ art. 2:140 (NV) and 2:250 (NV) Burgerlijk Wetboek.

³³⁶ art.2:153.2 and 2:263.2 Burgerlijk Wetboek. The cumulative conditions are the following: the corporation’s issued capital including reserves equal at least (for three consecutive years) at Euros 16,000,000; the corporation has established a work council (which can have very large powers in corporations) and has at least 100 employees working in the Netherlands.

³³⁷ NautaDutilh, Netherlands, Corporate Law Project, available at <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-netherlands-nautadutilh-for-ruggie-nov-2010.pdf>, p. 12, (24.10.2013).

³³⁸ Art. 2:129 (5) Burgerlijk Wetboek, available in English (unofficial translation) at <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook022.htm> (24.10.2013).

³³⁹ NautaDutilh, Netherlands, Corporate Law Project, p. 12; cf. also Dutch corporate governance code, Principles and best practice provisions, available at <http://commissiecorporategovernance.nl/download/?id=606>, p. 6 (24.10.2013).

³⁴⁰ In that sense: NautaDutilh, Netherlands, Corporate Law Project, cit., p. 14.

Corporate Social Responsibility.³⁴¹ The Minister indicated nevertheless that putting such due diligence in practice would need further development in the coming years.³⁴²

Dutch listed companies fall under the **Corporate Governance Code** (see the next paragraph for details). The management and the advisory board have to pay attention to the **social aspects of entrepreneurship** relevant for the company.³⁴³ In fact, the Code is based on the principle accepted in the Netherlands that a company is a long term alliance between the various parties involved in the Company, including civil society, and therefore follows a broad stakeholder approach.³⁴⁴ The legislator designated the Dutch Corporate Governance Code in 2004 as a code of conduct to which listed companies should refer in their annual report, in which they should indicate to what extent they have complied with the principles and best practice provisions ("the apply or explain principle"). In January 2009, a revised version of the Corporate Governance Code came into force.

The Corporate Governance Code applies in principle³⁴⁵ to all companies whose registered offices are in the Netherlands and whose shares or depositary receipts for shares have been admitted to listing on a stock exchange, or more specifically to trading on a regulated market or a comparable system, and to all large companies whose registered offices are in the Netherlands (balance sheet value > € 500 million) and whose shares or depositary receipts for shares have been admitted to trading on a multilateral trading facility or a comparable system (also referred to as listed companies).

Based on the principles of the Corporate Governance Code, the **management and supervisory board** of listed companies must take into account **CSR issues** that are relevant for the enterprise while fulfilling their roles. These principles have been introduced in the Corporate Governance Code in 2008 and are laid down in principle II.1 'Role and procedure of the Management Board' and principle III.1 'Role and procedure of the Supervisory Board'.

A **Monitoring Commission** is put in place by the government to monitor the compliance of the listed companies and financial institutions with the Corporate Governance Code. Annual reports of the Monitoring Commission are publicly available.³⁴⁶ According to the annual report 2010, compliance with the CSR provisions seems to be difficult to monitor, as there is no explicit demand to mention the CSR aspects in the annual report. However, most of the companies that were monitored have mentioned the best practice on CSR information explicitly in their annual reports.³⁴⁷

³⁴¹ Available in Dutch:
<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/03/29/kamerbrief-voortgang-beleid-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen.html> (24.10.2013).

³⁴² Available in Dutch:
<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/03/29/kamerbrief-voortgang-beleid-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen.html> (24.10.2013).

³⁴³ See letter of Ministry of Economics, at p. 7
(<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/03/29/kamerbrief-voortgang-beleid-maatschappelijk-verantwoord-ondernemen.html>) (24.10.2013).

³⁴⁴ Dutch corporate governance code, Principles and best practice provisions, available at <http://commissiecorporategovernance.nl/download/?id=606>, p. 6 (24.10.2013).

³⁴⁵ The Corporate Governance Code does not apply to an investment company that is not a manager within the meaning of Section 1:1 of the Financial Supervision Act (*Wet op het financieel toezicht / Wft*). For the purposes of the Code holders of depositary receipts issued with the cooperation of the company are treated as shareholders.

³⁴⁶ www.commissiecorporategovernance.nl (24.10.2013).

³⁴⁷ 18 out of 21 AEX listed companies. From these 18 companies 4 have given more information on this subject.

c. Activities abroad and activities of subsidiaries

One could argue from the broad notion of corporate interest (b.) that of the same rules apply whether activities take place abroad or not in this context, but given the principle of territoriality, one could equally argue the opposite.³⁴⁸ The argument might be slightly different when it comes to soft law requirements through the Corporate Governance Code. Given the references of national and international CSR standards to situations abroad, it would seem likely that such issues need to be addressed when taking account CSR issues.³⁴⁹

As the notion of corporate interest explicitly refers to enterprises linked to the company (a.), it seems reasonable to argue that the due diligence duties (as limited as they are formulated) include activities of subsidiaries.

2.1.2. Duties of the Company

There is no legal provision or regulatory duty of the company as a whole to analyse if and how its activities have an impact on human rights.

2.1.3. Duties in Certain Sectors

We do not have knowledge of sector specific regulations providing for legal due diligence requirements.

2.1.4. Consequences in Case of the Breach of a Duty

As far as the duty derived from the Corporate Governance Code is concerned, according to which the management and supervisory board are recommended to “take into account” CSR issues, the formulation of the duty make it unlikely that there any consequences attached. In that context, the “apply or explain” principle indicates that simply giving explanations might be the consequence of a breach of a duty.

As to the *more general duty of care*, shareholders might have a claim against directors if the duty breached was owed to the shareholder personally rather than to the company as a whole – something which rarely arises in practice. Generally, a director will only be liable to the company as a whole, so that the board would need to bring an action against the director.³⁵⁰ In addition, Inquiry Proceedings against the Company before the Enterprise Chamber could be used to address breaches of duties and mismanagement.³⁵¹

2.1.5. Proposals for Reform

We do not have information on any concrete reform proposals.

³⁴⁸ See with a preference for the latter opinion: NautaDutilh, Corporate Law Project, cit., p. 14.

³⁴⁹ Similar : NautaDutilh, Corporate Law Project, cit., p. 14.

³⁵⁰ For ail this: NautaDutilh, Corporate Law Project, cit., p. 16.

³⁵¹ NautaDutilh, Corporate Law Project, cit., p. 16.

2.2. Duty to Report on the Human Rights Impact of Activities Abroad

2.2.1. The Duty to Report

There is no duty for a Dutch company as a whole to regularly report on the Human rights impact of activities and measures taken. There is also no legal duty of persons within a company to regularly report on the Human rights impact of activities of the company and the measures taken. However, as in other European countries, a duty to report might exist if a Human rights impact would qualify as **non-financial aspect necessary to understand the development of a company**. As a consequence of European Directives on reporting, the management (except for Small and Medium enterprises) is obliged³⁵² to report on non-financial aspects if and as far as they are relevant for the interpretation of the financial information and for a proper understanding of the developments of the company. In particular, the analysis shall include non-financial performance indicators. The regulation does however not provide more detail on those indicators.

It seems that the (non legally binding) recommendations of the Dutch Accounting Standards Board go further when encouraging listed and non listed companies to report on issues of social, economic and environmental nature.³⁵³

For the listed companies concerned, the Corporate Social Responsibility reporting requirements in the context of the corporate governance code might imply reporting on human rights impacts to a bigger extent than that which is required under the legal annual reporting requirements. The requirements will however equally be satisfied with an explanation as to why this has not been done. In fact, the management board shall submit to the supervisory board information on corporate social responsibility issues.³⁵⁴

The legal requirements do not restrict the reporting to any territory. Therefore, **activities abroad** can fall under the description of this article if these activities are relevant for the interpretation of the financial information and the position of the company. As to subsidiaries, according to article 2:391.1 Burgerlijk Wetboek, the annual report shall give a true and fair view of the position on the balance sheet date, developments during the financial year and the results of the legal person and of the group companies whose financial information is included in its annual accounts. Therefore, in principle, activities of subsidiaries are also included.³⁵⁵

2.2.2. Access to the reports and audit

Article 2:101 (NV) and 2:210 (BV) Burgerlijk Wetboek state that each year within five months after the end of the financial year of a company, save where this period is extended by a maximum of six months by the general meeting on account of special circumstances, the management shall prepare its annual accounts and shall make the same available for inspection by the shareholders at the office of the company. Within this period the management shall in principle also lodge the annual report for inspection by the shareholders.

Apart from the supervisory role of the supervisory board, there does not seem to be requirements on auditing of CSR-reports. On audit of the annual reports, see above.

³⁵² Article 2:391.1 Burgerlijk Wetboek.

³⁵³ See NautaDutilh, Corporate Law Project, cit., p. 18.

³⁵⁴ Corporate Governance Code II.1.2.

³⁵⁵ Article 2:361 Burgerlijk Wetboek.

2.2.3. Consequences of Failure to Comply with Reporting Requirements

Not applicable.

2.2.4. Proposals for Reform

A project of law has been sent to the parliament about an amendment of the current Pension Act. The proposal of law is that in the future official pension funds will be obliged to report in their annual report to what extent human rights, environment and social relations are taken into account in their investment' policies.³⁵⁶

2.3. Supportive Measures

2.3.1. Incorporation and listing requirements

Neither incorporating nor enlisting a company in the Netherlands requires the carrying out of human rights due diligence or human rights reporting. However, listed companies do fall under the Dutch Corporate Governance Code and have to follow the corporate social responsibility guidelines that follow (see more in detail above, 2.1.1.).

2.3.2. Other state measures promoting human rights due diligence or reporting

Since 2004 the Ministry of Economic Affairs has commissioned an annual Transparency Benchmark³⁵⁷ survey and asks Dutch companies to be transparent about their Corporate Social Responsibility policy and activities. The Transparency Benchmark charts transparency in sustainability reporting. It measures trends in the quality and quantity of CSR reporting in the largest companies in the Netherlands. Finally, the "Kristal" has been launched in cooperation with the Dutch Association of Auditors (NBA). The prize is awarded on the basis of the Transparency Benchmark to the company with the best CSR reporting. The Transparency Benchmark survey is performed with the aid of company self-assessment and by completing the self-assessment process.

On the institutional level, MVO Nederland (Corporate Social Responsibility Netherlands) was set up by the Ministry of Economic Affairs in 2004³⁵⁸ as the national knowledge center and network organisation for Corporate Social Responsibility (CSR). Their aim is to be the place to start for any entrepreneurs wishing to make their commercial operations sustainable. Businesses can join MVO Nederland as a partner. MVO Nederland helps businesses with CSR learning and networking and provides tools and tips relating to CSR themes and the implementation of CSR in business processes on its website.

In addition, the National Contact Point established according to the OECD guidelines on multinational enterprises³⁵⁹ supports businesses to implement the OECD guidelines, amongst others. It published a self-assessment tool on its website for companies to test themselves on compliance with the principles of the OECD-guidelines.

³⁵⁶ Letter of the Ministry of Economics dated 29 March 2012, p. 7.

³⁵⁷ For more information on the transparency benchmark :
<http://www.transparantiebenchmark.nl/en/node/2> (24.10.2013).

³⁵⁸ <http://www.mvonederland.nl/content/pagina/dit-mvo-nederland>

³⁵⁹ <http://www.oesorichtlijnen.nl/ncp/> (24.10.2013).

Finally, a company that wishes to participate in one of the programs developed to promote activities by Dutch companies in developing countries must provide a risk assessment on the activity intended, modeled on the OECD Guidelines. In fact, the Netherlands has developed a Trade and Industry Tool (T&I tool)³⁶⁰ ('*OS bedrijfsleveninstrumentarium*') for that purpose.

2.3.3. Overview on Labels and Non-State Measures

Within the **Global Compact Network Netherlands**,³⁶¹ ten multinational Dutch companies jointly formed the so called **Business & Human Rights Initiative**. The initiative developed and published suggestions for implementation of human rights in the business³⁶², including practical suggestions for human rights due diligence. The suggestions are intended to help companies implement a commitment to respect human rights in line with the UN Principles on Business and Human Rights.

The **Social Economic Council of the Netherlands** is an advisory and consultative body of employers' representatives, union representatives and independent experts. It aims to help create social consensus on national and international socio-economic issues.³⁶³ A report of the SER with a commentary on and a set out of the in OECD-guidelines for multinational companies includes suggestions for corporate social responsibility ('*verantwoord ondernemen*') in a worldwide context.

Finally, employees of a number of NGOs and trade unions established the **MVO Platform**³⁶⁴. The goal of the Dutch MVO Platform is to stimulate, facilitate and coordinate activities of the different organizations in order to reinforce each other's efforts. The emphasis of the MVO Platform is on issues dealing with CSR in developing countries.

3. Due Diligence and Reporting on Environmental Issues

3.1. Duty to carry out a due diligence in environmental matters

Apart from the general duty of care (see above, 2.1.1. a., and b.) that might imply that environmental matters are taken account in specific circumstances, the regulations of the **Dutch Environmental Protection Act** ('*Wet milieubeheer*') require the carrying out of an **environmental impact assessment** ('*Milieueffectrapportage*') in certain circumstances (e.g. activities that can have negative consequences for the environment), article 7.1 Dutch Environmental Protection Act). A regulation came into force in 1994 with further rules for such a report ('*Besluit milieueffectrapportage*').³⁶⁵ However, it seems that this regulation only applies to **national activities**.

A further explanation on the Trade and Industry Tool is available at <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2012/05/01/kamerbrief-over-bedrijfsleveninstrumenten-ontwikkelingssamenwerking.html> Pdf (05.03.2013).

³⁶¹ The official website of the Global Compact Network Netherlands is www.gcnetherlands.nl (24.10.2013).

³⁶² 'How to do business with respect for human rights, a guidance for companies', available at www.gcnetherlands.nl (24.10.2013).

³⁶³ See for further information on the SER : <http://www.ser.nl/en/home.aspx> (24.10.2013).

³⁶⁴ www.mvoplatform.nl (24.10.2013).

³⁶⁵ The regulation *Besluit Milieueffectrapportage* is available in Dutch on www.wetten.nl (24.10.2013).

In spite of the fact that this opinion does not treat issues of liability, one – much discussed - and recent Dutch court case³⁶⁶ will be mentioned briefly as it might have an impact on environmental due diligence. The Dutch district court of The Hague ruled in January 2013 that Royal Dutch Shell's Nigerian subsidiary was responsible for a case of oil pollution in the Niger Delta and ordered it to pay damages to one farmer in Nigeria. The claims filed against the Dutch parent company were however dismissed. An appeal has been filed against this decision.

3.2. Duty to report on environmental impacts

Environmental issues being **non-financial aspects of the company** only as far as these environmental issues are relevant for the interpretation of the financial information and the position of the company need to be reported in the annual report based on the already discussed 2:391.1 Burgerlijk Wetboek (see above, 2.2.1.).

3.3. Supportive Measures

3.3.1. Incorporation and Enlisting

See above, 2.3.1.

3.3.2. Other State Measures

See above, 2.3.2.

3.3.3. Overview on non state measures and labels

Besides the public and private initiatives already mentioned before, the **Confederation of Netherlands Industry and Employers** (known as VNO-NCW) which is the largest employers' organisation in the Netherlands³⁶⁷, drafted a report called '*Duurzaam ondernemen in de globalisering*' (corporate social responsibility in a global environment). VNO-NCW represents the common interests of Dutch business, both at home and abroad and provides a variety of services for its members. In this report all information on International Corporate Social Responsibility from the VNO-NCW point of view is set out.

Eight Dutch Multinational Companies (AkzoNobel, DSM, FrieslandCampina, Heineken, KLM, Philips, Shell and Unilever) are united in the **Dutch Sustainable Growth Coalition (DSGC)** at the beginning of 2012. They will be a good example and share their experiences on the Corporate Social Responsibility subject. These companies will –together – promote company models for sustainability. VNO-NCW supports this initiative which is facilitated by Ernst & Young. Their proposal is to develop sustainable business strategies, share these good examples and stimulate the discussion in this field as well as developing suggestions to the government. During the World Economic Forum in Davos in 2012, the DSGC presented themselves and in September 2012 the publication *Towards Sustainable Growth Business Models*³⁶⁸ was published.

³⁶⁶ <http://zoeken.rechtspraak.nl/detailpage.aspx?ijn=BY9845> (24.10.2013).

³⁶⁷ Over 160 (branch) associations are members, representing more than 115,000 enterprises. They cover almost all sectors of the economy, including more than 80% of all medium-sized companies in the Netherlands and nearly all of the larger, corporate institutions.

³⁶⁸ <http://gpr.turnpages.nl/publicaties/DSGC/201209/> (24.10.2013).

ANNEX

Article 2.391.1 Dutch Civil Code (translated by H. Warendorf et al. 'The Civil Code of the Netherlands', Kluwer Law International, 2009):

The annual report shall give a true and fair view of the position on the balance sheet date, developments during the financial year and the results of the legal person and of the group companies whose financial information is included in its annual accounts. The annual report shall contain, taking into account the size and complexity of the legal person and the group companies, a balanced and complete analysis of the position on the balance sheet date, developments during the financial year and the results. If necessary for a proper understanding of the developments, the results or the position of the legal person and group companies, the analysis shall include both financial and non-financial performance-indicators, including environmental and personnel matters. The annual report shall describe the principal risks and contingencies to which the legal person is subject. The annual report shall be drawn up in the Dutch language unless the general meeting has resolved to use another language.

Principle II.1 'Role and procedure of the Management Board' and principle III.1 ' Role and procedure of the Supervisory Board' of the Dutch Corporate Governance Code:

II. The management board

II.1 Role and procedure

Principle The role of the management board is to manage the company, which means, among other things, that it is responsible for achieving the company's aims, the strategy and associated risk profile, the development of results and corporate social responsibility issues that are relevant to the enterprise. The management board is accountable for this to the supervisory board and to the general meeting. In discharging its role, the management board shall be guided by the interests of the company and its affiliated enterprise, taking into consideration the interests of the company's stakeholders. The management board shall provide the supervisory board in good time with all information necessary for the exercise of the duties of the supervisory board. The management board is responsible for complying with all relevant primary and secondary legislation, for managing the risks associated with the company activities and for financing the company. The management board shall report related developments to and shall discuss the internal risk management and control systems with the supervisory board and the audit committee.

Best practice provisions

II.1.1 A management board member is appointed for a maximum period of four years. A member may be reappointed for a term of not more than four years at a time.

II.1.2 The management board shall submit to the supervisory board for approval:

- a) the operational and financial objectives of the company;
- b) the strategy designed to achieve the objectives;
- c) the parameters to be applied in relation to the strategy, for example in respect of the financial ratios; and
- d) corporate social responsibility issues that are relevant to the enterprise.

The main elements shall be mentioned in the annual report.

(...)

III. The Supervisory Board

III.1 Role and procedure

Principle

The role of the supervisory board is to supervise the policies of the management board and the general affairs of the company and its affiliated enterprise, as well as to assist the management board by providing advice. In discharging its role, the supervisory board shall be guided by the interests of the company and its affiliated enterprise, and shall take into account the relevant interests of the company's stakeholders. The supervisory board shall also have due regard for corporate social responsibility issues that are relevant to the enterprise. The supervisory board is responsible for the quality of its own performance.

F. VEREINIGTES KÖNIGREICH (ENGLISCHES RECHT)³⁶⁹

1. Overview

There is no specific UK legislation transposing all or any of the *UN- Principles on Business and Human Rights* into UK national law. There are nevertheless a number of different contexts in which it can be said that businesses must have regard to human rights.

The most recent piece of significant UK legislation concerning businesses was the **Companies Act 2006 (CA 2006)**, which was implemented in full in October 2009. The Companies Act 2006 does not contain any specific provisions promoting or requiring a culture respectful of human rights. However, the Companies Act 2006 has reinforced the duties of directors in two respects:

First, the CA 2006 requires a company director to promote the success of his company³⁷⁰ by having regard to a range of matters, including the impact of the company's operations on the community and the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct. This means that directors cannot ignore human rights concerns if these are relevant to the business.

Second, the CA 2006 also requires the production of an annual directors' report, which for certain companies must contain a 'business review' by the company's directors to inform members of the company about the trends and factors likely to affect future the development, performance or position of the company's business. For quoted – or 'public' - companies (namely, those companies whose shares can be bought or sold on a recognised investment exchange), this requirement specifically includes an obligation to provide information on social and community issues. This means that human rights issues must potentially be reported on to members of the company in order that they can assess how directors have performed their duty to promote the success of the company.

Quoted companies are also required to include a corporate governance statement in their directors' report identifying which corporate governance code the company is subject to, whether it has departed from, or not applied any aspects of the code and why. The main UK quoted companies are for example subject to the UK Corporate Governance Code and the Listing Rules of the London Stock Exchange, both of which place additional obligations to report on matters such as the performance of its board, committees and individual directors. These requirements do not however currently place any obligation on quoted companies to report on human rights matters.

The UK Government intends however to revise the current legislation in October 2013 by creating a new provision in the CA 2006 which will require quoted companies to start reporting on 'human rights issues' as part of what will be called a company's 'strategic report'. Quoted companies will, in their strategic report, additionally need to describe their strategy and business model and provide information about human rights issues in addition to their existing disclosure requirement on social and community issues.

The UK Government's Department for Business, Innovation and Skills has also endorsed International Standard ISO 26000, which provides harmonised guidance for public and private organisations on social responsibility, including human rights.

³⁶⁹

Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung, John Curran.

³⁷⁰

Section 172 CA 2006.

As to companies' responsibilities towards the environment, a company director is, as part of his duty to promote the success of the company, also required to have regard to the impact of the company's operations on the environment. This duty is not limited geographically and extends to the subsidiaries of a parent company. There is, however, no other specific legal or regulatory duty on a company itself to analyse if and how its activities have an impact on the environment.

As with social and community issues, the directors of a quoted company are required, as part of a 'business review' in their annual directors' report, to provide information about the impact of the company's business on the environment. Companies are also required to include analysis using 'key performance indicators' and the UK Government has issued voluntary reporting guidelines for UK businesses specifically to help companies identify and address their most significant environmental impacts. Further proposed regulations requiring directors' reports to contain certain specific information about greenhouse gas (GHG) emissions have not been implemented and are currently under review. However, under new Government regulations, currently set to be implemented in October 2013, quoted companies will be required to report their levels of GHG emissions.

In addition to UK Government legislation, a series of guidance notes has been published by the responsible government department which assist businesses that wish to report on environmental impacts of their activities on a voluntary basis. Non-governmental initiatives include the UN Global Compact and OECD Guidelines which, like human rights, contain principles encouraging businesses to protect and respect the environment in the course of their activities. As with many countries, there also exists various voluntary non-governmental certification and eco-labelling schemes available to businesses or for the benefit of consumers which help promote environmentally-friendly activity.

2. Due Diligence and Reporting Requirements on Human Rights

2.1. Duty to carry out a Human Rights Due Diligence

2.1.1. Duty of corporate bodies

a. General Overview

Shareholders (also known as 'members' in legislation): The CA 2006 and the Insolvency Act 1986 state that a large number of questions relating to a company's affairs can be decided only by members. Most of these questions may only be decided by special resolution (requiring a 75% majority). The members of a company also have statutory powers which, although not unique to them, include the power to dismiss directors.³⁷¹

The CA 2006 requires every private company to have at least one director, and every public company to have at least two directors.³⁷² In fact, nowhere in UK legislation does it require a company's directors to manage a company's business; matters of management are instead left to be determined by the members in accordance with the articles of association. The model articles of association³⁷³ (see above) do however include this requirement, putting directors at the centre at what is known as 'corporate governance'.

³⁷¹ Section 168 CA 2006.

³⁷² Section 154 CA 2006.

³⁷³ Under SI 2008/3229, *op. cit.*

Directors work and take decisions together as a board and their powers of management are usually set out in the articles of association. One of the most significant changes to company law by the CA 2006 was the codification of directors' duties. These statutory duties are based on what are known as the equitable principles of 'fiduciary' duty which applied to directors before these provisions came into force. 'Fiduciary' refers to trust and confidence. A fiduciary is someone who acts for, or on behalf of, another person, in a relationship of trust and confidence, which the rules of 'equity' protect by imposing on the fiduciary a duty of loyalty. The fiduciary duty in the case of a company director is owed to the company only.

A director has seven general duties, based on the equitable principles relating to fiduciary duties.³⁷⁴ As part of the fiduciary duty to act on behalf of their company in a relationship of trust and confidence, section 172 of the CA 2006 sets out what could be considered as the central obligation of directors: that a director must act in the way he or she considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole. It is in discharging this particular duty that a director is required to take into account risks for the company – namely those risks which potentially pose a threat to the success of the company.

In particular, sections 172(1)(a) - (f) CA 2006 require directors to consider other constituencies in the context of promoting the benefit for members as a whole. In fulfilling the statutory duty to promote the success of the company for the benefit of members as a whole, a director must have regard to a variety of factors. Significantly, section 172(1)(a) CA 2006 states that in fulfilling the statutory duty to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, a director must have regard to, "*the likely consequences of any decision in the long term.*" This represents an amendment to the draft proposals for the CA 2006 which required a director to take into account, "*the likely consequences (short and long term) of the actions open to the director.*" This shift in wording indicates that Parliament has decided it is the *long term* consequences that are more important. However "*having regard to,*" does not mean "give primacy to" or "not act consistently with".³⁷⁵ Accordingly, some degree of legal risk or potential reputational damage may be appropriate if it is considered to be the correct approach to take in the long term.

There is no additional legislation, regulations or – to our knowledge - case law offering further guidance on the approach directors are expected to take in considering the interest of the other constituencies referred to in section 172 CA 2006. In the House of Lords debate leading to the adoption of the revised legislation, the Attorney-General, Lord Goldsmith, said that the government's intention is that the duty *to have regard to* these factors should be subordinate to the overriding duty to act in what the director considers, in good faith, would be most likely to promote the company's success.³⁷⁶

³⁷⁴ According to sections 171-173 and 175-177 CA 2006 these are:

- the duty to act within his/her powers (as set out in the company's articles of association);
- the duty to promote the success of the company;
- the duty to exercise independent judgment;
- the duty to exercise reasonable care, skill and diligence;
- the duty to avoid conflicts of interest;
- the duty not to accept benefits from third parties; and
- the duty to declare an interest in any proposed transaction or arrangement.

³⁷⁵ Independent submission of Clifford Chance LLP to the SRS's Corporate Law Project, para. 10.1.

³⁷⁶ Hansard HL, 9 May 2006, col. 845 taken from Mayson, S., French, D. & Ryan, C., *Company Law*, 26th ed., Oxford 2009, p. 481.

According to a publication of the Corporate Responsibility Coalition (CORE),³⁷⁷ the CA 2006 does not require a director to compromise the interests of the company to achieve any particular social and environmental object, but it recognises that companies whose directors have regard to the relevant social and environmental objects are likely, in the long term, to perform better than those whose directors do not.

b. The duty to take into account impact of corporate activities on Human Rights (due diligence)

There is no specific legal or regulatory duty for any officer of a company to analyse how the activities of a company affect human rights.

However, under subsections 172(1)(d) and (e) CA 2006, directors must have regard to both the impact of the company's operations on the community and the environment and the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct. Arguably, this could include the impact of the company's operations on human rights, but only in the context that this may affect the success of the company for the benefit of its members.³⁷⁸

The requirement is that a director *"have regard"* to such matters. This 'margin of appreciation' is not defined more specifically in the legislation. The government-issued Explanatory Notes³⁷⁹ which accompany the legislation however, state that in having regard to the factors listed, the duty to exercise reasonable care, skill and diligence under section 174 CA 2006 will apply. Section 174(2) explains that:

"(2) This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and the general knowledge, skill and experience that the director has."

The Explanatory Notes to the CA 2006 continue by confirming that it, *"will not be sufficient to pay lip service to the factors, and, in many cases, directors will need to take action to comply with this aspect of the duty."* At the same time, the duty does not, it says, require a director to do more than act in good faith.

In other words, so long as a director has, in good faith, had regard to the potential human rights impact of a company's actions – to the extent that they may feature as community and environmental concerns and/or high standards of business conduct – they will have discharged their duty. It should however also be recalled that this duty furthermore only refers to the success of the company (for the benefit of its members) and not directly to the interests of third parties affected by the decision.

³⁷⁷ D. Chivers QC, The Companies Act 2006: Directors' Duties Guidance, available at http://corporate-responsibility.org/wp-content/uploads/2009/09/directors_guidance_final.pdf (24.10.2013).

³⁷⁸ See (critical): P. Muchlinski, Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation, 2012 (22:1) *Business Ethics Quarterly* p. 160.

³⁷⁹ Explanatory Notes to the CA 2006, Paragraphs 325-332 available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/notes/division/6/2> (24.10.2013).

c. **Activities abroad and subsidiaries**

No specific indication is provided in legislation or otherwise as to whether the duties set out in section 172 extend beyond domestic activities of the company. There is however **no reason why activities abroad would not also be included** in the duty to have regard to the company's impact on the community outside the UK, particularly where relevant operations are situated outside the UK.³⁸⁰ The very broad duty, at subsection 172(1)(e) CA 2006 to have regard to the desirability of maintaining a reputation for high standards of business conduct is unlikely to be limited to domestic operations alone.

UK legislation does also not limit the duties of a director to have regard to the matters set out at section 172 of the CA 2006 to the parent company alone. It may therefore be inferred that **such duties also extend to subsidiaries**. This view is reinforced by case law confirming that companies may also be held liable for acts committed abroad by their subsidiaries.³⁸¹

2.1.2. Duties of the Company

There is **no specific legal or regulatory duty** of the company as a whole to analyse if and how its activities have an impact on human rights. As confirmed in section 2.1.2.a. above, there is no specific legal or regulatory duty on a company to consider how its activities have an impact on human rights.³⁸²

2.1.3. Sector Specific Duties

The duties set out in section 172 CA 2006 are **not sector-specific** but are general duties applying to directors in companies of all sizes in connection with all activities and in all industrial sectors. To our knowledge, there is no specific piece of legislation providing for such duties relating to specific industries such as extractive industries and the like.

2.1.4. Consequences of the Breach of a Duty

Case law³⁸³ established the notion that it is **only the company that may claim** a remedy where a wrong has been committed against it. Because a director's duties are owed to the company, and any loss resulting from breaches will be presumed to be losses to the company, it is the company which is the party primarily entitled to bring an action against the delinquent director. The difficulty with this is that it is usually the people who are causing harm to the company that are also the ones

³⁸⁰ See view of independent submission of Clifford Chance on the UK to the United Nations Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, Corporate Law Project, expressed at para. 11.3.

³⁸¹ *Connelly v. RTZ Corporation and others* [1998] AC 854.

³⁸² To the extent that a private company has a public function and is potentially subjected to the HRA 1998, the case of *R (on the application of Al-Skeini and others) v Secretary of State for Defence* ruled on the extra-territorial effect of the HRA 1998, stating that it was capable of applying to acts of a UK public authority performed outside its territory only where the victim in question was actually 'within the jurisdiction of the UK' for the purposes of Article 1 of the European Convention on Human Rights. Jurisdiction in this case referred to injury caused to an individual outside the UK by British soldiers, clarifying that such jurisdiction would only apply where the individual was for example in the custody of the British army.

³⁸³ *Foss v. Harbottle* (1843) 2 Hare 461.

controlling it. Where the company cannot or will not sue that director, it is possible for one or more shareholders to bring proceedings to enforce a right of the company. This is said to be deriving a right of action from the company, and is often referred to as a 'derivative claim'; it is now codified in the CA 2006.³⁸⁴ This form of action is subject to considerable limitations³⁸⁵ however, such that it cannot be regarded as a primary remedy for breach of duty and is considered separate in the context of shareholder remedies generally.³⁸⁶

Other remedies for maladministration depend on the circumstances of the case but provide wide-ranging powers to courts to remedy conduct of a company's affairs where the members of a company are dissatisfied with the way in which it is being run.³⁸⁷

A breach or threatened breach of the duties of a director attract the same remedies as those which exist for breach of the corresponding common law or equitable principles (except for the duty to exercise reasonable care, skill and diligence).³⁸⁸ Unlike legal remedies, 'equitable remedies' are always directed at a particular person with that person's knowledge, state of mind and motives relevant to whether a remedy should be granted or not. The following (relevant) equitable remedies are typically available: where a director has profited from a breach of duty to the company, the principal objective of the equitable remedies for the breach is to confiscate that profit and give it to the company ('account of profits'); alternatively, an injunction may be issued to prevent the director from carrying on the offending conduct; equitable compensation may be awarded for any loss which is not compensated by the account of profits remedy; or a contract in which the director has failed to disclose an interest may be rescinded (meaning that each party must return to the other what was transferred in the transaction).

2.1.5. Proposals for Reform

In December 2009, a Joint Committee on Human Rights, comprised of representatives from the House of Commons and the House of Lords (being the two principal chambers of the UK Parliament) published a Report entitled, '*Any of our business? Human rights and the UK private sector*'.³⁸⁹ Although no specific proposals for legislative reform were made in connection with the duty of companies to carry out human rights due diligence, the Committee recommended that the Government develop a new strategy on business and human rights which clearly sets out the standards which UK businesses are expected to meet. In doing so, it says, the Government should draw on the work of the UN Special Representative and build on his 'protect, respect and remedy' framework.

One domestic measure encouraged by the Commission is for the Government to have a strategy in place to deal with companies subject to negative 'final statements' issued under the OECD

³⁸⁴ Under section 260(1) CA 2006.

³⁸⁵ Section 260 – 264, in pursuance of a court order.

³⁸⁶ P. Loose, M. Griffiths & D. Impey, *The Company Director*, 11th ed., Jordans 2011, p.353.

³⁸⁷ Such as that under part 30 CA 2006 giving the court a power to remedy conduct of a company's affairs 'that is unfairly prejudicial to the interests of its members generally or of some part of its members' or even winding up – i.e., ending a company's existence – under s84(1)(b) Insolvency Act 1986.

³⁸⁸ Section 178 CA 2006.

³⁸⁹ Joint Committee on Human Rights, *Any of our business? Human rights and the UK private sector*, First Report of Session 2009-10, 16 December 2009, The Stationery Office Limited, ("Any of our business?") available at <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200910/itselect/jtrights/5/5i.pdf> (24.10.2013).

Guidelines for Multinational Corporations (“OECD Guidelines”) by the UK National Contact Point (“NCP”), the governmental agency tasked with implementing the OECD Guidelines’ complaint mechanism.

As to due diligence and human rights, the Report of the Committee welcomes the commitment shown by many companies to respect human rights wherever their businesses operate, but notes that some businesses regard addressing human rights as little more than an exercise in “good PR”.³⁹⁰ It points out that given the absence of a straightforward legal framework for business responsibilities regarding human rights, it is understandable that such issues are generally dealt with by businesses alongside environmental issues under the ‘corporate responsibility’ label. The UK Government, it recommends, could encourage a distinction between actions required by social or moral ‘responsibility to respect’ and acts of general philanthropy by adopting the ‘protect, respect and remedy’ framework and clearly explaining the responsibility to respect human rights and the associated need for due diligence in their work on corporate responsibility.³⁹¹ No concrete proposals are made by the Commission in this regard however. There is no further information on the UK Government’s reaction to this report, nor any recent indication as to how they intend to proceed.

2.2. Duty to Report on the Human Rights Impact of Activities Abroad

2.2.1. Duty to Report

The principal reporting requirements under UK company law relate to annual accounts and reports. The annual accounts and reports of a company for a financial year consist of its annual accounts, the directors’ report and the auditor’s report (unless the company is exempt from audit), plus, if the company is a quoted company (i.e., a company whose shares can be bought or sold on public exchanges), a directors’ remuneration report.³⁹²

The requirements in the CA 2006 for companies to report their financial position to their members and to the public vary according to whether the company is classified as small, medium-sized or large. Broadly speaking, a small company will have turnover not exceeding £6.5 million, total assets not exceeding £3.26 million and a maximum weekly average of no more than 50 employees.³⁹³ The largest class of companies are those subject to the small companies regime. These must be private companies, and will have the least onerous reporting requirements. They will, for example, be exempt from an audit, and will have the option to provide to the companies registrar abbreviated – rather than full – accounts.

The CA 2006 requires the directors of a company to prepare a directors’ report for each financial year of the company.³⁹⁴ An exemption from this requirement is available to small companies. A directors’ report must identify the directors of the company and must state the principal activities of the company in the course of the year. Quoted companies must additionally include a corporate governance statement, identifying, among other things, the corporate governance code to which the

³⁹⁰ Joint Committee on Human Rights, *Any of our business?*, *op.cit.*, p. 97.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 97.

³⁹² Sections 471(2) and (3) CA 2006. This must disclose details of the remuneration packages of the individual directors, together with a statement of the company’s remuneration policy and the role of the board the remuneration committee in this area.

³⁹³ Section 382(3) CA 2006.

³⁹⁴ Section 415(1) CA 2006.

company is subject, whether it has departed from, or not applied any aspects of the code and why.³⁹⁵ Certain UK quoted companies³⁹⁶ are subject to the UK Corporate Governance Code,³⁹⁷ which requires further information, such as a company's chairman's other significant commitments and a statement of how performance evaluation of the board, its committees and its individual directors has been conducted. The Listing Rules of the London Stock Exchange further reinforce this obligation, requiring that companies incorporated in the UK and listed on the Stock Exchange ('quoted' companies) report on additional matters in their annual report and accounts, including how they have applied the UK Corporate Governance Code.³⁹⁸

Importantly, as part of the implementation of European Directive 2003/51/EU,³⁹⁹ section 417 of the CA 2006 requires the directors' report to contain a "business review" (except for small companies). The statutory purpose of this review is to inform members and help them assess how the directors have performed their duty under section 172 of the CA 2006 to promote the success of the company.⁴⁰⁰ This must include a fair review of the company's or group's business and a description of the principal risks and uncertainties facing the company or group.⁴⁰¹ It must amount to a balanced and comprehensive analysis of the development and performance of the company's or group's business during the financial year, and its position at the end of the year, consistent with the size and complexity of the business.

There is no specific legal or regulatory duty of company officers to report on the human rights impact of activities of the company and measures taken. Quoted companies are however, under section 417(5) CA 2006, required to include in their 'business review' information about the company's employees and social and community issues (to include information about any policies of the company in relation to those matters and the effectiveness of those policies) "to the extent necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business". Such matters may potentially include human rights impacts. All small, medium-sized⁴⁰² and large companies, other than quoted companies, are exempted from this part of the requirement.

A 'business review' is furthermore required by section 417(6) CA 2006 to include, again, to the extent necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business, analysis using financial 'key performance indicators' (KPIs) and, "where appropriate, other KPIs, including information relating to environmental matters and employee matters." 'Key

³⁹⁵ Financial Services Authority Handbook, Disclosure Rules and Transparency Rules, Rule 7.2.

³⁹⁶ LR 9.8.6(5) and (6) [List Rules of the London Stock Exchange (LSE)] provide that 'Premium Listed' companies are subject to the Corporate Governance Code whereas 'Standard Listed' companies are not, but must refer to any corporate governance code with which they have voluntarily decided to comply. 'Premium Listed' companies refer to those companies in the segment of the LSE main market available to companies that meet the highest standards of regulation and corporate governance; 'Standard Listed' refers to the section of the LSE main market where companies need only comply with EU minimum reporting requirement.

³⁹⁷ Financial Reporting Council, UK Corporate Governance Code, *op. cit.*

³⁹⁸ LR 9.8.6(5) and (6).

³⁹⁹ See section B.2. above.

⁴⁰⁰ Section 417(2) CA 2006.

⁴⁰¹ Sections 417(3) and (9) CA 2006.

⁴⁰² Being a company which meets two of the following criteria: its annual turnover lies somewhere between £6,500,000 and £25,900,000; the balance sheet of its assets lies somewhere between £3,260,000 and £12,900,000; it has no more than 250 employees. A company which exceeds two or more of these criteria will be classified as a "large" company.

performance indicator' is defined to mean a factor which effectively measures the development, performance or position of the company's or group's business.⁴⁰³ No further legislative guidance, in explanatory notes or otherwise, is provided on the meaning of "to the extent necessary" or of 'key performance indicators'.

In addition to the complete exemption for small companies, **medium-sized companies need not comply** with the requirements of section 417(6) CA 2006 to use KPIs where they relate to non-financial information, such as environmental and employee matters.⁴⁰⁴ This means that only quoted companies and other large companies need include an analysis using KPIs of non-financial information in their business reviews.

To the extent that a business review indirectly imposes a duty on a director to report on the human rights impact of a company, there are **no geographical restrictions** on what information is relevant or may be disclosed.

If a company is a parent company and its directors prepare group accounts, their directors' report must be a group directors' report relating to **all the companies included in the group accounts**.⁴⁰⁵ Even if group accounts are not prepared, section 417(5) CA 2006 clarifies that the information necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business shall, under subsection 417(5)(c), include information about persons with whom the company has contractual or other arrangements which are essential to the business of the company. **This could include subsidiaries, suppliers and other business partners.**

Other than the duty under section 417, imposed on the directors of a company, there is **no specific duty on the company as a whole** to report on the human rights impact of its operation.

2.2.2. Access to the Reports and Review

For every financial year, the directors of a company must deliver a copy of the company's annual accounts and reports to the UK company registrar, Companies House.⁴⁰⁶ The directors' report forms part of these. All information provided to the registrar, including directors' reports, is recorded and kept at Companies House for **inspection by the public**. Any person may inspect the register and require a copy of any material on the register (with some privacy-related exceptions), subject to a prescribed administrative fee.⁴⁰⁷

The directors' report must be **approved by the board of directors** and signed on behalf of the board by a director or the secretary of the company.⁴⁰⁸ If the directors of a company discover that the directors' report does not comply with the CA 2006, they may prepare a revised version.⁴⁰⁹

⁴⁰³ Sections 417(6) and (9) CA 2006.

⁴⁰⁴ Section 417(7) CA 2006.

⁴⁰⁵ Section 415(2) CA 2006.

⁴⁰⁶ Section 441 CA 2006.

⁴⁰⁷ Sections 1085 and 1086 CA 2006.

⁴⁰⁸ Section 419 CA 2006.

⁴⁰⁹ Section 454(1) CA 2006; the procedures are set out in The Companies (Revision of Defective Accounts and Reports) Regulations 2008, SI 2008/373.

An **application** may be made⁴¹⁰ to the court for a **declaration** that the annual accounts or directors' report of a company do not comply with the requirements of the CA 2006 and for an order requiring the company's directors to revise them.⁴¹¹ The only eligible applicants are the relevant Secretary of State of the UK Government and the Financial Reporting Review Panel ('FRRP'), an operating body of the Monitoring Committee of the Financial Reporting Council.⁴¹² The FRRP has powers to require a company, its officers, employees and auditor to produce documents or provide information or explanations so that the FRRP can discover whether there are grounds for applying for such a declaration.

2.2.3. Consequences of Failure to Comply with Reporting Requirements

Section 415(4) CA 2006 provides that where a **directors' report** has not been filed contrary to the requirement to do so, an **offence is committed** by everyone who was a director of the company immediately before the end of the filing period and who failed to take all reasonable steps for securing compliance with the requirement. The **penalty for such an offence is a fine.**⁴¹³

Section 419(3) CA 2006 provides that if a **directors' report** is approved that **does not comply** with the requirements regarding form and content (see 2.2.3 above for example), every directors of the company who either knew that it did not comply or was reckless as to whether it complied *and* who failed to take reasonable steps to secure compliance (or prevented the report from being approved) is guilty of an **offence punishable by a fine.**

It should also be noted that behaviour of this type may also be a breach of the director's duty to the company to exercise reasonable care, skill and diligence under section 174 CA 2006, which may then lead to **civil action by the company or a derivative action** by shareholders (see 2.1.4 above).

2.2.4. Proposals for Reform

In October 2012, following previous consultations with stakeholders⁴¹⁴, the UK Department for Business, Innovation and Science published proposals⁴¹⁵ for amendments to the Companies Act legislation which **will require quoted companies to start reporting on 'human rights issues'** in addition to the existing requirements on environmental, employee and social and community issues. The changes are expected to be **implemented in October 2013.**

According to the proposals, the 'strategic report' will be **similar to a 'business review'**, but quoted companies will be required to report, to the extent necessary for an understanding of their business, on their strategy, their business model and any human rights issues. Other proposals include quoted

⁴¹⁰ Under section 456 CA 2006.

⁴¹¹ Section 456(3) CA 2006.

⁴¹² As authorised under The Companies (Defective Accounts and Directors' Reports) (Authorised Person) and Supervision of Accounts and Reports (Prescribed Body) Order 2008 (SI 2008/623).

⁴¹³ Section 415(5) CA 2006.

⁴¹⁴ Department for Business, Innovation & Skills, The Future of Narrative Reporting – Consulting on a new reporting framework (September 2011) available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31402/11-945-future-of-narrative-reporting-consulting-new-framework.pdf (24.10.2013).

⁴¹⁵ Department for Business, Innovation & Skills, The Future of Narrative Reporting – A new structure for Narrative Reporting in the UK (2012), available at <http://www.bis.gov.uk/assets/biscore/business-law/docs/f/12-979-future-of-narrative-reporting-new-structure.pdf> (24.10.2013).

companies reporting on the gender balance at all levels of their business and the simplification of other reporting requirements in the existing 'business review' regime.

The regulations⁴¹⁶ create a new section 414A of the CA 2006 which will be the requirement for directors to prepare a strategic report, replacing the 'business review', and placing strategic information at the front, separate from the directors' report. A new section 414C will set out what should be in the strategic report. It will essentially replicate section 417 CA 2006 (which will be repealed), but will introduce additional requirements which did not feature in the 'business review'. A new section 414C(4)(d)(iii) will add consideration of human rights to the social and community issues that a quoted company is currently required to report on.⁴¹⁷

2.3. Supporting Measures

2.3.1. Incorporation and Listing Requirements

There is no obligation under UK law on a company to carry out human rights due diligence or human rights reporting on incorporation.

There is also no requirement on quoted companies to report on human rights matters or to conduct human rights due diligence. It should however be mentioned that in a recent All Party Parliamentary Group (APPG) debate on a Financial Services Bill⁴¹⁸ set to be brought into law in April 2013, Lord Stevenson of the House of Lords tabled an amendment to the text of the Bill to expand the duty on the London Stock Exchange to include a commitment to human rights and sustainability.⁴¹⁹ This was ultimately rejected by the Government, but members of the APPG have pledged to continue to work with the regulators to ensure that the cross-party support and widespread engagement with NGOs and business on this issue is not lost and that progress is made.

⁴¹⁶ Draft text of Regulations re-stated in Annex to UK report, also available at http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2013/9780111540169/pdfs/ukdsi_9780111540169_en.pdf (24.10.2013).

⁴¹⁷ Section 414C(4) CA (bold added): *"In the case of a quoted company, the strategic report must, to the extent necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business, include:-*
(a) a description of the company's strategy,
(b) a description of the company's business model,
(c) the main trends and factors likely to affect the future development, performance and position of the company's business, and
(d) information about:-
(i) environmental matters (including the impact of the company's business on the environment),
(ii) the company's employees, and
(iii) social, community and human rights issues,
including information about any policies of the company in relation to those matters and the effectiveness of those policies.
If the report does not contain information of each kind mentioned in paragraphs (d)(i), (ii) and (iii), it must state which of those kinds of information it does not contain."

⁴¹⁸ A "Bill" being a proposed law under consideration by the UK legislature. Following consideration, the Financial Services Act 2012 is being introduced to strengthen the financial regulatory structure in the UK, principally by refocusing responsibilities of regulators and creating a new conduct of business regulator. This does not however introduce any measures concerning human rights.

⁴¹⁹ See text of debate at Hansard Lords text, available at: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldhansrd/text/121008-0002.htm> (24.10.2013).

The Financial Reporting Council, however, publishes a **UK Stewardship Code**⁴²⁰ intended to complement the UK Corporate Governance Code for quoted companies. Although not amounting to a direct requirement on quoted companies, the Guidance consists of principles and guidance directed at institutional investors, such as asset owners and asset managers with equity holdings in UK quoted companies listed on the UK Stock Exchange. Principle 4 states that institutional investors should set out the circumstances in which they will escalate their 'stewardship' activities by intervening and that, "*instances when institutional investors may want to intervene include when they have concerns about the company's state and performance, its governance or its approach to the risks arising from social and environmental matters.*" This arguably includes consideration of human rights impacts. The Code is applied on a "comply or explain" basis, meaning that signatories who choose not to comply with one of the principles, or not to follow the guidance, should deliver meaningful explanations to enable the reader to understand their approach to stewardship. This may be the case for smaller institutions that may judge some of its principles and guidance to be disproportionate in their case.

2.3.3. Other Governmental Measures to Promote Human Rights Due Diligence or Reporting

Apart from the provisions of the CA 2006 discussed above, there are no other specific UK measures that encourage carrying out human rights due diligence or reporting on human rights impacts. There are nevertheless non-governmental initiatives which can be said to encourage consideration of human rights impacts by certain types of business.

2.3.4. Overview on Labels or other Voluntary Initiatives

Certain UK companies are members of the **Business Leaders Initiative on Human Rights**,⁴²¹ a grouping of 18 major corporations from around the world. The Initiative was launched in April 2009 with the aim of advancing human rights in a business context around the world.

A further non-governmental voluntary initiative said to be influential⁴²² for UK business is the **International Standard ISO 26000** (see III.). This has also been endorsed by the UK Government's Department for Business, Innovation and Skills, which took a role in its development.

3. Due Diligence and Reporting Requirements on Environmental Issues

3.1. Duty to Carry out Due Diligence in Environmental Matters

As discussed in section 2.1.1.b above, section 172(1) CA 2006 provides that, when considering how to act in a way that would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its

⁴²⁰ Financial Reporting Council, The UK Stewardship Code (September 2012), available at <http://www.frc.org.uk/getattachment/e2db042e-120b-4e4e-bdc7-d540923533a6/UK-Stewardship-Code-September-2012.aspx> (24.10.2013).

⁴²¹ See website available at <http://www.global-business-initiative.org/> (24.10.2013).

⁴²² See for example The Guardian, What are standards for? The case of ISO 26000 (5th January 2012), available at <http://www.guardian.co.uk/sustainable-business/blog/iso-26000-social-impact-sustainability> (24.10.2013).

members as a whole, a director must, “*have regard to (d) the impact of the company’s operations on the community and the environment.*”

There is no geographic limit placed on the duty to have regard to the impact of a company’s operations on the environment. It may therefore be assumed that activities of the company which take place outside the UK are also included in this duty.

The activities of subsidiaries are also likely to be included in such a duty, for the same reasons as set out in section 2.1.1.e.

There is no specific legal or regulatory duty of the company as a whole to analyse if and how its activities have an impact on the environmental situation.

There are no known projects or proposals for reform.

3.2. Reporting Duties on Environmental Issues

The reporting requirement in respect of environmental matters largely replicate those concerning social and community issues, discussed in more detail above in section 2.2.3. In particular, in the case of a **quoted company**, the ‘business review’ must, among other things, include information about **environmental matters** and the impact of the company’s business on the environment, including, where appropriate, key performance indicators, including information relating to environmental matters (section 415 and 417 CA 2006). **No indication of geographical limitations on this duty is given**, suggesting that the duty applies, regardless of the location of the company or its subsidiaries.

In 2006, the Department for Environment, Food and Rural Affairs (DEFRA) issued “**Reporting Guidelines for United Kingdom Businesses on Environmental Key Performance Indicators (KPIs)**”⁴²³ (both general, and sector specific) for compliance with the ‘business review’ requirements. These help companies to identify and address their most significant environmental impacts. They outline how companies might begin to set targets or KPIs to measure environmental performance against. The Guidelines are however **voluntary** and need not be followed even by those organisations that are obliged to provide information about environmental matters and to use KPIs.

There is **no legal duty on the company as a whole** to regularly report on the environmental impact of activities of the company. Currently, there exists only Government-issued voluntary guidance for businesses (of all sizes and sectors) on how to measure and report on **GHG emissions**.⁴²⁴

Further regulations requiring directors’ reports to contain certain specific information about greenhouse gas (GHG) emissions were also envisaged for implementation by April 2012, under provisions of the Climate Change Act 2008.⁴²⁵ These provisions also allowed for the Government not

⁴²³ DEFRA, Environmental Key Performance Indicators – Reporting Guidelines for UK Business (2006) available at <http://archive.defra.gov.uk/environment/business/reporting/pdf/envkpi-guidelines.pdf> (24.10.2013).

⁴²⁴ DEFRA, Guidance on how to measure and report your greenhouse gas emissions (September 2009) available at <http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13309-ghg-guidance-0909011.pdf> (24.10.2013).

⁴²⁵ Section 85(1) Climate Change Act 2008, states that: “(1) *The Secretary of State must, not later than 6th April 2012 – (a) make regulations under section 416(4) Companies Act 2006 requiring the directors’ report of a company to contain such information as may be specified in the regulations about*

to make the regulations by this date, and instead to lay a report before Parliament explaining why no such regulations had been made. The Government ultimately did not introduce any regulations, and instead produced a report on 27 March 2012, explaining why this was the case.⁴²⁶

The UK Government, after consultation in 2012,⁴²⁷ intends to introduce **revised guidance on environmental ‘key performance indicators’** to replace the Guidance previously published in 2006. The aim of the revised guidance is stated as providing clear advice to companies on how to measure and report on their environmental performance using environmental KPIs, to help determine which KPIs are most relevant to an organisation and to set out the rationale for managing environmental performance using KPIs.

Following consultations,⁴²⁸ the Government has now published **draft regulations which will make it compulsory for quoted companies to report their levels of GHG emissions**. These had been set to apply to annual reports issued from the start of the new financial year in April 2013, but it is understood that they will now instead be implemented from October 2013 in order to align with other amendments being proposed for ‘narrative reporting’.⁴²⁹ In 2016, the Government will take a decision, based on an assessment of the cost and benefit information, whether to extend the requirement to all large companies.

3.3. Supporting Measures

3.3.1. Incorporation and Listing

There are **no requirements** for a company to carry out environmental due diligence or reporting upon incorporation.

3.3.2. Other State Measures to Encourage Reporting and/or Due Diligence in Environmental Matters

In addition to the DEFRA-issued Reporting Guidelines for UK Businesses on Environmental KPIs (see section 3.2.3. above), **DEFRA has also published a series of guidance notes** targeted at businesses which wish to report on environmental impacts of their activities (especially GHG emissions) on a voluntary basis.⁴³⁰

emissions of greenhouse gases from activities for which the company is responsible, or (b) lay before Parliament a report explaining why no such regulations have been made.”

⁴²⁶ DEFRA, Company reporting of greenhouse gas emissions (27 March 2012) available at <http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13718-company-reporting-ghg-emissions.pdf> (24.10.2013).

⁴²⁷ DEFRA, Key Performance Indicators Guidance – Consultation Document (25 July 2012) available at <http://www.defra.gov.uk/consult/files/consult-kpi-document.pdf> (24.10.2013).

⁴²⁸ DEFRA, Measuring and reporting of greenhouse gas emissions by UK companies: a consultation on options (May 2011) available at <http://www.defra.gov.uk/consult/files/110511-ghg-emissions-condoc1.pdf> (24.10.2013).

⁴²⁹ DEFRA, The Greenhouse Gas Emissions (Directors’ Reports) Regulations 2013, available at <http://www.defra.gov.uk/consult/files/consult-ghg-regulations-20131.pdf> (24.10.2013). These are now included in a revised form in the draft Regulations contained in the Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors’ Report) Regulations 2013, the text of which is contained in the Annex to this report (under “Part 7”).

⁴³⁰ DEFRA, Guidance on how to measure and report your greenhouse gas emissions (September 2009) available at

As discussed above, the **UK Stewardship Code** (see section 2.3.2. above), while not amounting to a direct obligation on companies themselves, strongly encourages institutional investors who are signatories to the Code to escalate their stewardship activities where there are concerns about a company's approach to environmental matters. This indirectly provides an incentive to quoted companies to undertake due diligence on environmental matters insofar as their activities are concerned.

3.3.3. Overview on Labels and Non-state measures

Various voluntary non-governmental certification and eco labelling schemes are adopted in the UK, not all of which can be detailed here. One of the most commonly used certification systems is that of **ISO 14001**,⁴³¹ designed to help companies achieve consistent environmental regulatory compliance. Requirements include creating an environmental policy, formalising control systems and monitoring processes and the setting of objectives and targets. A company which has been awarded the certification is recognised as having adopted a commitment to addressing environmental issues.

The **Eco-Management and Audit Scheme (EMAS)**⁴³² is a voluntary scheme which provides a way for organisations already certified with ISO 14001 to develop an environmental reporting system (see above, III.).

<http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13309-ghg-guidance-0909011.pdf> (24.10.2013); DEFRA, Small Business User Guide: Guidance on how to measure and report your greenhouse gas emissions (undated) available at

<http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13310-ghg-small-business-guide.pdf> (24.10.2013); DEFRA, Guidance on reporting greenhouse gas removals and emissions from domestic woodland creation (July 2011) available at

<http://archive.defra.gov.uk/environment/business/reporting/pdf/110727-woodland-reporting-guidance.pdf> (24.10.2013); DEFRA, 2012 Greenhouse gas conversion factors for company reporting (28 May 2012) available at <http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13773-ghg-conversion-factors-2012.pdf> (24.10.2013); DEFRA, 2012 Guidelines to DEFRA/DECC's GHG conversion factors for company reporting: Methodology paper for emission factors (July 2012) available at

<http://www.defra.gov.uk/publications/files/pb13792-emission-factor-methodology-paper-120706.pdf> (24.10.2013); DEFRA, The Guidance on measuring and reporting Greenhouse emissions from freight transport operations (undated) available at

<http://archive.defra.gov.uk/environment/business/reporting/pdf/ghg-freight-guide.pdf> (24.10.2013).

⁴³¹ For further information, see International Standards Organisation web pages on ISO 14001, available at <http://www.iso.org/iso/home/standards/management-standards/iso14000.htm> (24.10.2013).

⁴³² For further information, see the European Commission's web pages on EMAS, available at http://ec.europa.eu/environment/emas/index_en.htm (24.10.2013).

ANNEX

Relevant extracts of text of draft Regulations on the Strategic and Directors' Reports, amending the Companies Act 2006:

Draft Regulations laid before Parliament under sections 473(3), 1290 and 1292(4) of the Companies Act 2006, for approval by resolution of each House of Parliament.

DRAFT STATUTORY INSTRUMENTS
2013 No. XXXX
COMPANIES

The Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013

Laid before Parliament ***

Coming into force - - 1st October 2013

The Secretary of State makes the following Regulations in exercise of the powers conferred by sections 416, 468, 473(2) and 1292(1) of the Companies Act 2006(a).

In accordance with sections 473(3), 1290 and 1292(4) of that Act, a draft of this instrument was laid before Parliament and approved by a resolution of each House of Parliament.

PART 1 - INTRODUCTION

Citation, commencement and application

1.

- (1) These Regulations may be cited as the Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013.
- (2) Subject to paragraph (3), these Regulations come into force on 1st October 2013.
- (3) The following provisions of this instrument come into force on the making of these Regulations for the purposes only of the exercise of the powers to make regulations in the sections amended
 - (a) regulation 10;
 - (b) paragraph 12(b) and (c) of the Schedule.
- (4) These Regulations have effect in respect of financial years ending on or after 30th September 2013.

PART 2 - STRATEGIC REPORT

Duty to prepare strategic report

2.

Part 15 (accounts and reports) of the Companies Act 2006 is amended as follows.

3.

Before Chapter 5 (directors' report) insert

CHAPTER 4A

STRATEGIC REPORT

414A Duty to prepare strategic report

- (1) The directors of a company must prepare a strategic report for each financial year of the company.
- (2) Subsection (1) does not apply if the company is entitled to the small companies exemption.
- (3) For a financial year in which
 - (a) the company is a parent company, and
 - (b) the directors of the company prepare group accounts,
 the strategic report must be a consolidated report (a "group strategic report") relating to the undertakings included in the consolidation.
- (4) A group strategic report may, where appropriate, give greater emphasis to the matters that are significant to the undertakings included in the consolidation, taken as a whole.
- (5) In the case of failure to comply with the requirement to prepare a strategic report, an offence is committed by every person who
 - (a) was a director of the company immediately before the end of the period for filing accounts and reports for the financial year in question, and
 - (b) failed to take all reasonable steps for securing compliance with that requirement.
- (6) A person guilty of an offence under this section is liable
 - (a) on conviction on indictment, to a fine;
 - (b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

414B Strategic report: small companies exemption

A company is entitled to small companies exemption in relation to the strategic report for a financial year if

- (a) it is entitled to prepare accounts for the year in accordance with the small companies regime, or
- (b) it would be so entitled but for being or having been a member of an ineligible group.

414C Contents of strategic report

- (1) The purpose of the strategic report is to inform members of the company and help them assess how the directors have performed their duty under section 172 (duty to promote the success of the company).
- (2) The strategic report must contain
 - (a) a fair review of the company's business, and
 - (b) a description of the principal risks and uncertainties facing the company.
- (3) The review required is a balanced and comprehensive analysis of
 - (a) the development and performance of the company's business during the financial year, and
 - (b) the position of the company's business at the end of that year, consistent with the size and complexity of the business.
- (4) The review must, to the extent necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business, include
 - (a) analysis using financial key performance indicators, and
 - (b) where appropriate, analysis using other key performance indicators, including information relating to environmental matters and employee matters.
- (5) In subsection (4), "key performance indicators" means factors by reference to which the development, performance or position of the company's business can be measured effectively.
- (6) Where a company qualifies as medium-sized in relation to a financial year (see sections 465 to 467), the review for the year need not comply with the requirements of subsection (4) so far as they relate to non-financial information.
- (7) In the case of a quoted company the strategic report must, to the extent necessary for an understanding of the development, performance or position of the company's business, include
 - (a) the main trends and factors likely to affect the future development, performance and position of the company's business, and
 - (b) information about
 - (i) environmental matters (including the impact of the company's business on the environment),
 - (ii) the company's employees, and
 - (iii) social, community and human rights issues,

including information about any policies of the company in relation to those matters and the effectiveness of those policies.

If the report does not contain information of each kind mentioned in paragraphs (b)(i), (ii) and (iii), it must state which of those kinds of information it does not contain.

- (8) In the case of a quoted company the strategic report must include
 - (a) a description of the company's strategy,
 - (b) a description of the company's business model,

- (c) a breakdown showing at the end of the financial year
 - (i) the number of persons of each sex who were directors of the company;
 - (ii) the number of persons of each sex who were senior managers of the company (other than persons falling within sub-paragraph (i)); and
 - (iii) the number of persons of each sex who were employees of the company.
- (9) In subsection (8), “senior manager” means a person who
 - (a) has responsibility for planning, directing or controlling the activities of the company, or a strategically significant part of the company, and
 - (b) is an employee of the company.
- (10) In relation to a group strategic report—
 - (a) the reference to the company in subsection (8)(c)(i) is to the parent company; and
 - (b) the breakdown required by subsection (8)(c)(ii) must include the number of persons of each sex who were the directors of the undertakings included in the consolidation.
- (11) The strategic report may also contain such of the matters otherwise required by regulations made under section 416(4) to be disclosed in the directors’ report as the directors consider are of strategic importance to the company.
- (12) The report must, where appropriate, include references to, and additional explanations of, amounts included in the company’s annual accounts.
- (13) Subject to paragraph (10), in relation to a group strategic report this section has effect as if the references to the company were references to the undertakings included in the consolidation.
- (14) Nothing in this section requires the disclosure of information about impending developments or matters in the course of negotiation if the disclosure would, in the opinion of the directors, be seriously prejudicial to the interests of the company.

414D Approval and signing of strategic report

- (1) The strategic report must be approved by the board of directors and signed on behalf of the board by a director or the secretary of the company.
- (2) If a strategic report is approved that does not comply with the requirements of this Act, every director of the company who
 - (a) knew that it did not comply, or was reckless as to whether it complied, and
 - (b) failed to take reasonable steps to secure compliance with those requirements or, as the case may be, to prevent the report from being approved, commits an offence.
- (3) A person guilty of an offence under this section is liable
 - (a) on conviction on indictment, to a fine;
 - (b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.”.

4.

In section 415A(2)(a) (provisions to which small companies exemption for directors’ report is relevant)

- (a) after “dividend),” insert “and”, and

(b) omit "section 417 (contents of report: business review), and".

5.

Omit section 417 (contents of directors' report: business review).

"PART 7

DISCLOSURES CONCERNING GREENHOUSE GAS EMISSIONS

15. (1) This Part of this Schedule applies to the directors' report for a financial year if the company is a quoted company.
 (2) The report must state the annual quantity of emissions in tonnes of carbon dioxide equivalent from activities for which that company is responsible including
 - (a) the combustion of fuel; and
 - (b) the operation of any facility.
 (3) The report must state the annual quantity of emissions in tonnes of carbon dioxide equivalent resulting from the purchase of electricity, heat, steam or cooling by the company for its own use.
 (4) Sub-paragraphs (2) and (3) apply only to the extent that it is practical for the company to obtain the information in question; but where it is not practical for the company to obtain some or all of that information, the report must state what information is not included and why.
16. The directors' report must state the methodologies used to calculate the information disclosed under paragraph 15(2) and (3).
17. The directors' report must state at least one ratio which expresses the quoted company's annual emissions in relation to a quantifiable factor associated with the company's activities.
18. With the exception of the first year for which the directors' report contains the information required by paragraphs 15(2) and (3) and 17, the report must state not only the information required by paragraphs 15(2) and (3) and 17, but also that information as disclosed in the report for the preceding financial year.
19. The directors' report must state if the period for which it is reporting the information required by paragraph 15(2) and (3) is different to the period in respect of which the directors' report is prepared.
20. The following definitions apply for the purposes of this Part of this Schedule
 "emissions" means emissions into the atmosphere of a greenhouse gas as defined in section 92 of the Climate Change Act 2008(a) which are attributable to human activity;
 "tonne of carbon dioxide equivalent" has the meaning given in section 93(2) of the Climate Change Act 2008."

Amendments to the Small Companies and Groups (Accounts and Directors' Report) Regulations 2008

8.

- (1) Schedule 5 to the Small Companies and Groups (Accounts and Directors' Report) Regulations 2008(b) (matters to be dealt with in directors' report) is amended as follows.
- (2) Omit paragraph 4 (charitable donations).
- (3) Omit paragraph 6 (company acquiring own shares).

G. KANADA⁴³³

1. Overview

Although no federal, provincial or territorial statutes have explicitly incorporated the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (hereinafter Guiding Principles), it is of course the case that prior to the promulgation of the Guiding Principles, each of the Canadian jurisdictions had human rights codes in place applicable to corporate actors.⁴³⁴ Similarly, although government institutions and Crown corporations (publicly owned corporations such as the Canadian Broadcasting Corporation) are currently under no legal obligation to observe these principles, they do nevertheless find themselves subject to parallel principles. Thus, most notably, the Government of Canada has included the *OECD Guidelines for Multinational Enterprises* among the performance guidelines embraced by what it has entitled *Building the Canadian Advantage: A Corporate Social Responsibility (CSR) Strategy for the Canadian International Extractive Sector*.⁴³⁵ As the OECD Guidelines include the Guiding Principles, they are now an integral part of Canada's CSR Strategy for the extractive sector.

A key element of Canada's CSR Strategy is the **Office of the Extractive Sector Corporate Social Responsibility Counsellor**.⁴³⁶ The Counsellor serves both an advisory role (focusing on the implementation of voluntary performance standards) and a dispute resolution role allowing to review the corporate social responsibility practices of Canadian extractive sector companies operating outside Canada⁴³⁷. The consensual Review Process is limited to disputes that are connected to the performance guidelines adopted by the government.⁴³⁸

⁴³³ Erstellt durch Prof. Richard Janda und Juan Pinto, McGill University.

⁴³⁴ For an overview of the relevant human rights frameworks in Canada, see the Canada Country Report, Stikemann Elliott LLP, prepared for SRSJ John Ruggie, 2009, available at <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-canada-stikeman-elliott-for-ruggie-sep-2009.pdf>, p. 3-5.

⁴³⁵ Foreign Affairs and International Trade Canada, *Canada's CSR Strategy* (2013), online: Foreign Affairs and International Trade Canada <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ds/csr-strategy-rse-strategie.aspx?lang=eng&view=d>>.

⁴³⁶ Office of the Extractive Sector Corporate Social Responsibility Counsellor, *About Us* (2012), available at Foreign Affairs and International Trade Canada http://www.international.gc.ca/csr_counsellor-conseiller_rse/index.aspx?view=d.

⁴³⁷ Richard Janda, "Note: An Act Respecting Corporate Accountability for the Activities of Mining, Oil or Gas in Developing Countries [Bill C-300]: Anatomy of a Failed Initiative" 6 McGill Int'l J. Sust. Dev. L. & Pol'y 97 2010 p. 101.

⁴³⁸ Office of the Extractive Sector Corporate Social Responsibility Counsellor, *Review Process* (2012), available at Foreign Affairs and International Trade Canada http://www.international.gc.ca/csr_counsellor-conseiller_rse/assets/pdfs/review_process-processus_examen-eng.pdf.

2. Due Diligence and Reporting Requirements on Human Rights

2.1. Duty to carry out a Human Rights Due Diligence

2.1.1. Duty of corporate bodies

a. General Overview

The statutory corporate law regime is explicit about the duties and liabilities of two sets of actors: first and foremost directors sitting on the corporate board of directors, second officers named by the board and finally, but tangentially, shareholders. Canadian legislation does not define the role of specific officers, leaving it to the articles of incorporation and to the vote of the Board to specify who are the officers.⁴³⁹ Shareholders have limited liability unless a court “pierces the corporate veil” and attributes the actions of the corporation to them.⁴⁴⁰ As for other employees, they simply have a general duty of loyalty to the corporation as part of their terms of employment.⁴⁴¹

Directors and officers have two principal statutory duties under s. 122 of the CBCA and analogous provincial legislation: (a) act honestly and in **good faith** with a view to the best interests of the corporation; and (b) **exercise the care, diligence and skill** that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances. The former is called the fiduciary duty and the latter is called the duty of care.⁴⁴² In addition, there is a general duty to manage the corporation, to comply with corporate law and to avoid conflicts of interest. It is the fiduciary duty and the duty of care, however, that have played the most prominent role in underpinning corporate social responsibility.

Although a director or officer does not have a formal duty to take risks faced by the company into account in decision-making, the fiduciary duty and duty of care just described encompasses prudent risk assessment. In the Supreme Court of Canada’s *BCE* decision (see below, c.), it was made clear that for directors and officers to fulfil their duties, they have to orient themselves to the **long-term interests of the corporation viewed as a good corporate citizen**.⁴⁴³ Furthermore, the provincial securities regime requires that corporations issuing publicly traded shares must **disclose material changes** in their situation.⁴⁴⁴ Since as part of their disclosure obligations (discussed below in 2.2.) there is to be the filing of Management’s Discussion and Analysis (MD&A) approved by the board of

⁴³⁹ For example see *Janada*, cit., p. 121.

⁴⁴⁰ See Clark Wilson LLP, Thomson Reuters Canada Memorandum of Law, available at Westlaw Canada http://www.westlawcanada.com/DynamicData/AttachedDocs/legalmemoranda/Lifting_the_Corporate_VeilSAMPLEMEMO.pdf (24.10.2013).

⁴⁴¹ See for example *Québec inc. v Dion*, 2012 QCCA 1276, available at <http://www.jugements.gc.ca/php/decision.php?liste=61902463&doc=B325130AA73A82F4C76ADE5B9B98717CF80BA3FA3B59C5757864306093DA2C73&page=1> (24.10.2013).

⁴⁴² For a lengthier discussion see *supra* note 434, p. 8 seq. See also Gowling Laffleur Henderson LLP Memorandum “Directors’ and Officers’ Duties and Liabilities”, available at http://www.gowlings.com/resources/PublicationPDFs/MilnesR_DirectorsMemo10.pdf (24.10.2013).

⁴⁴³ *BCE Inc. v 1976 Debentureholders*, [2008] 3 SCR 560 at 584

⁴⁴⁴ See *supra* note 240, p. 15 seq. According to section 1 of the Ontario *Securities Act* RSO 1990, c. S.5, a material change occurs upon “a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer”.

directors, the board and management are prompted to perform due diligence with respect to risks faced by the company.⁴⁴⁵

b. The duty to take into account impact of corporate activities on Human rights

In Canada there is **no statutory or other explicit legal obligation** that requires companies to weigh and analyze the impact of their activities on human rights, although discrimination in employment or provision of services is subject to review under human rights legislation, and directors and officers are under a duty to ensure that the corporation complies with the law.⁴⁴⁶ Section 217.1 of the **Canadian Criminal Code** institutes the legal duty for businesses to carry out due diligence “to protect against the risk of **bodily harm of employees and the public** and to take reasonable steps to ensure their safety.”⁴⁴⁷ If a serious injury or death occurs in the workplace due to the criminal negligence of a company “representative” (which terms has a broad meaning encompassing directors, partners, employees, agents or contractors of the organization), a senior officer becomes party to the offence for failing to take reasonable steps to prevent it if the act was under her supervision.

Two recent decisions of the Supreme Court of Canada, *Peoples*⁴⁴⁸ and *BCE*, have set the terms for analysing director and officer duties in Canada. As the Court put it in *BCE*, directors and senior officers of the corporation must discharge their duties as any “reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.”⁴⁴⁹ And although the Court is very clear as regards directors owing a fiduciary duty only to the corporation, it also makes clear in *BCE* that:

Directors, acting in the best interests of the corporation, may be obliged to consider the impact of their decisions on corporate stakeholders (...). This is what we mean when we speak of a director being required to act in the best interests of the corporation viewed as a *good corporate citizen*.⁴⁵⁰

In *Peoples* the Court had explicitly noted that:

The contextual approach dictated by s. 122(1)(b) of the CBCA not only emphasizes the primary facts but also permits prevailing socio-economic conditions to be taken into consideration. The emergence of stricter standards puts pressure on corporations to improve the quality of board decisions. The establishment of *good corporate governance rules* should be a shield that protects directors from allegations that they have breached their duty of care.⁴⁵¹

Here the Court signalled that although good corporate governance rules – codes of conduct – are not legally mandatory, if the directors and officers of a corporation are to benefit from the **business judgment rule** deferring to their appreciation of the best interests of the corporation, the **establishment of codes** is a necessary step. That is, for example, a Canadian mining prospector could act according to the Prospectors and Developers Association of Canada e3 Plus principles concerning

⁴⁴⁵ See National Instrument 51-102 *Continuous Disclosure Obligations* s. 5.5, available at OSC https://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/rule_20111031_51-102_unofficial-consolidation-post-ifrs.pdf (24.10.2013).

⁴⁴⁶ See *infra* note 460 and seq. and accompanying discussion.

⁴⁴⁷ S.C. 2003, c. 21, s. 3; R.S.C., 1985, c. C-46. The provision must be read together with s.s. 22.1 and 22.2 establishing burdens of proof for the negligence of members of an organization or of the organization itself, and s.s. 219-221 on criminal negligence. These provisions were enacted in the wake of a mining tragedy.

⁴⁴⁸ *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v Wise*, 2004 SCC 68, [2004] 3 SCR 461.

⁴⁴⁹ *Supra* note 443 at 488 para 57.

⁴⁵⁰ *Supra* note 443 at 593 para 66 [emphasis added].

⁴⁵¹ *Supra* note 448 at 491 para 64 [emphasis added].

corporate responsibility for human rights, which seek to implement the UN Guiding Principles quite directly.⁴⁵² Under those circumstances a court should defer more readily to its business judgment of steps taken than if no such code of conduct is in place.

It is worth noting the special place occupied by respect for Aboriginal peoples' rights.⁴⁵³ Again, given that corporations especially in the extractive and forestry sectors are likely to encounter aboriginal peoples with rights to land, their adoption of codes of conduct such as those of the Forest Stewardship Council⁴⁵⁴ or Mining Association of Canada⁴⁵⁵ becomes part of fulfilling the duty of care and fiduciary duty of a good corporate citizen.

c. Activities abroad and activities of subsidiaries

Activities abroad are not specifically targeted by the law but would also in principle be covered by the fiduciary duty and the duty of care. Having said that, however, it should be noted that in Canada there is no equivalent of the US Alien Torts Statute and Canadian courts are reluctant to exercise jurisdiction over matters arising abroad. A Canadian court will not exercise jurisdiction over a matter unless Canada has "real and substantial connection" with the litigation,⁴⁵⁶ even if it is difficult for the victims to seek justice in any other jurisdiction, as confirmed by recent case law relating to mining operations in Congo.⁴⁵⁷

As a general matter, the "corporate veil" extends around each corporation, including subsidiary corporations, so as to shield its shareholders (in this case a parent corporation) from liability for the activities of the corporation. However, there is arguably a growing tendency for Canadian courts to "pierce the corporate veil" where a parent company controls a subsidiary having negative environmental and social impacts abroad.⁴⁵⁸

⁴⁵² See e3 Plus Human Rights Toolkit, available at PDAC <http://www.pdac.ca/programs/e3-plus/toolkits/social-responsibility/human-rights> (24.10.2013).

⁴⁵³ In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] 3 SCR 511 at 539, the Supreme Court made an observation about corporate duties that link well to the notion of establishing good corporate governance rules: "The fact that third parties are under no duty to consult or accommodate Aboriginal concerns does not mean that they can never be liable to Aboriginal peoples. If they act negligently in circumstances where they owe Aboriginal peoples a duty of care, or if they breach contracts with Aboriginal peoples or deal with them dishonestly, they may be held legally liable."

⁴⁵⁴ See Forest Stewardship Council Requirements and Guidance, online: <https://ic.fsc.org/requirements-guidance.105.htm> (24.10.2013). The forestry sector has also been active in developing norms on aboriginal consultation and participation. See for example the Forest Stewardship Council National Boreal Standard, available at <http://www.fscCanada.org/borealstandard.htm> (24.10.2013).

⁴⁵⁵ See *Toward Sustainable Mining*, available at MAC http://www.mining.ca/www/media/lib/TSM_Documents/principleseng.pdf (24.10.2013).

⁴⁵⁶ See *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd*, [1975] 1 SCR 395.

⁴⁵⁷ See the recent Supreme Court decision: *Association canadienne contre l'impunité c. Anvil Mining Limited (Qc) (Civile) (Autorisation) (34733)- Judgment in Leave. S.C.C.; (leave to appeal denied) Appeal Court: Anvil Mining Limited v. Association Canadienne contre l'Impunité* 2012 QCCA 117, available at SOQUIJ <http://www.iugements.qc.ca/php/decision.php?liste=67293177&doc=014A5108447A2A7E3C7EEBFF8AB7782EE9FCEC3DC2893B5C684DD6496B638ADE&page=1> (24.10.2013).

⁴⁵⁸ Waldemar Braul and Paul Wilson, "Parent Corporation Liability for Foreign Corporations", available at Fasken <http://www.fasken.com/files/Publication/03f8fcd4-b06b-45c8-8572-c077387d5df7/Presentation/PublicationAttachment/8fbfe0af-b79f-4d21-999b-4423cb779dc8/PARENT%20CORPORATION%20LIABILITY%20FOR%20FOREIGN%20SUBSIDIARIES.PDF>.

2.1.2. Duties of the Company

Canadian corporate and securities laws do not address human rights issues explicitly nor do they include, generally, positive legal obligations that require corporations to assess and redress human rights issues. However, corporations are subject and therefore must comply at all time with both federal and provincial human rights legislation (the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,⁴⁵⁹ and the *Canadian Human Rights Act*⁴⁶⁰ along with provincial equivalents). Federal and provincial employment, labour, health and safety codes and regulations also play an important role in shaping corporations' human rights obligations.⁴⁶¹

2.1.3. Sector Specific Duties

As it was explained above, all Canadian corporations have the obligation to **comply with federal and provincial human rights legislation**. However there is no specific legislation that orders companies to undertake human rights due diligence when conducting their business activities. For voluntary measures by corporations, see below, 2.3.4.

2.1.4. Consequences of the Breach of a Duty

In general terms, breach of the fiduciary duty or the duty of care can lead to **personal liability** of the director or officer.⁴⁶² On leave of the Court, this can be accomplished by an action taken on behalf of the corporation, called the derivative action (e.g. CBCA s. 239), or on behalf of someone unfairly prejudiced, called the oppression remedy (e.g. CBCA s. 241). In addition it may be possible for an ordinary action in extra-contractual, or tort, liability could be taken.

2.1.5. Proposals for Reform

There have been two attempts at proposals for reform, the most notable being **Bill C-300 *An Act Respecting Corporate Accountability for Mining, Oil and Gas Corporations in Developing Countries*** (hereinafter Bill C-300), which was introduced in the House of Commons in 2009 and ultimately narrowly defeated in 2010. Bill C-300 was aimed at Canadian extractive sector companies operating abroad, and sought to hold companies liable for their environmental and human rights breaches abroad. It would have imposed upon companies the obligation to annually report on activities abroad, as well as granted the government the ability to impose penalties for breaches of international human rights and environmental standards.⁴⁶³

24.10.2013); see also the decision of the Quebec Superior Court *Recherchés Internationales Quebec v. Cambior Inc.*, [1998] Q.J. No. 2554, in which a public interest group seeking to bring a class action on behalf of victims of a cyanide spill in Guyana argued that the parent exercised effective control and the court declined jurisdiction.

⁴⁵⁹ *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act*, 1982, being Schedule B to the Canada Act 1982 (UK), 1982, c 11.

⁴⁶⁰ *Canadian Human Rights Act*, RSC 1985, c H-6.

⁴⁶¹ *Employment Equity Act*, SC 1995, c 44; *Canada Labour Code*, RSC 1985, c L-2; see also the Ontario *Occupational Health and Safety Act*, RSO 1990, c O.1 or the Quebec *An Act Respecting Occupational Health and Safety*, RSQ, c S-2.1

⁴⁶² *Ibid.* at 12-13.

⁴⁶³ Yael Wexler, "Balancing Business, Human Rights, and Society's Expectations" *Capital Perspectives* (December 2012), online: Fasken Martineau <<http://www.fasken.com/en/balancing-business-human-rights-and-societys-expectations/>>.

Currently, there is another relevant proposal on the Order Paper. Bill C-323 *An Act to amend the Federal Courts Act*⁴⁶⁴ (*international promotion and protection of human rights*). This Bill seeks to establish a Canadian equivalent to the *US Alien Tort Claims Act*, granting foreign nationals a cause of action in federal Canadian courts against human rights violations perpetrated by Canadian corporations operating on foreign soil.⁴⁶⁵ However, it should be noted that this is a proposal initiated by the opposition party in Parliament and does not have the support of the government.

In September 2012, a joint industry-NGO initiative was launched to produce a mandatory “publish what you pay” framework for payments to governments by Canadian oil and mining companies.⁴⁶⁶ Although many Canadian companies do conform to the principles of the Extractive Sector Transparency Initiative (EITI),⁴⁶⁷ the effort of this group will be to produce legislative and regulatory requirements.

2.2. Duty to Report on the Human Rights Impact of Activities Abroad

2.2.1. Duty to Report

Corporate law requirements respecting financial statements place a responsibility upon directors to approve and sign corporate financial statements. Thus, for example, under the Canada Business Corporation Act (CBCA), directors of the corporation are to approve the financial statements and at least one is to sign, failing which the financial statements are not to be circulated.⁴⁶⁸ However, these financial statements, accompanying corporate annual reports, typically will not have any specific reference to human rights impacts.

Although federal and provincial corporate law contains basic requirements for corporations to produce financial statements, the main reporting and disclosure requirements in Canada are found within the framework of provincial securities laws. Securities laws and regulations are exclusively subject to provincial jurisdiction, which makes reporting requirements somewhat different from province to province. Ontario has in effect become the lead jurisdiction, and s. 75 of its *Securities Act* establishes the general obligation to publish any material change.⁴⁶⁹

In general, these regulatory requirements, together with policies issued by the Canadian Institute of Public Accountants (CICA),⁴⁷⁰ require reporting companies to file periodic reports identifying the principal risk factors (“in order of seriousness”) that might adversely affect the company’s financial

⁴⁶⁴ Bill C-323, *An Act to amend the Federal Courts Act*, 1st Sess, 41st Parl, 2011.

⁴⁶⁵ *Supra* note 471.

⁴⁶⁶ “Canada’s mining industry joins forces with NGOs to improve transparency”, available at PWYP http://www.pwyp.ca/images/documents/Working_Group/Press-Release_Transparency_MoU_Eng_FINAL.pdf (24.10.2013).

⁴⁶⁷ See *Extractive Industries Transparency Initiative*, available at www.eiti.org (24.10.2013).

⁴⁶⁸ *Canada Business Corporations Act*, RSC 1985, s. 158.

⁴⁶⁹ *Supra* note 444, s. 75. In 2009, the Ontario Securities Commission issued a report about corporate sustainability reporting, but its actual guidance has focused on environmental disclosure, as is discussed in Part C below, available at http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/rule_20091218_51-717_mof-rpt.pdf (24.10.2013).

⁴⁷⁰ Financial statements are to be prepared in accordance with “Generally Accepted Accounting Principles” (GAAP) identified in the handbook of the CICA. Canadian Institute of Chartered Accountants, *Accounting Handbook*, available at CICA <http://www.cica.ca/publications/cica-handbook/index.aspx> (24.10.2013).

performance.⁴⁷¹ In particular, the CICA advises that the disclosure of CSR policies should be integrated into corporate financial statements to address: “human rights policies . . . and the steps your company has taken to implement them.”⁴⁷²

Beyond the general disclosure regime respecting material changes, the disclosure form accompanying National Instrument 51-102 requires that the company speak to its existing human rights policies.⁴⁷³ In addition, where a company is required to issue a prospectus accompanying the sale of securities to the public, it must also address its human rights policies.⁴⁷⁴ A company that has implemented human rights policies that are fundamental to its operations must report on those policies and describe the steps taken to implement them.⁴⁷⁵ This does not mean that a human rights policy must be in place.

In addition, Stock exchanges, such as the Toronto Stock Exchange, develop their own additional reporting requirements, and indeed the TSX has a comprehensive “timely disclosure” regime that covers environmental, social and governance issues (ESG), with human rights falling explicitly under the second category.⁴⁷⁶

Furthermore, financial institutions operating under the *Bank Act*,⁴⁷⁷ the *Insurance Companies Act*,⁴⁷⁸ and the *Trust and Loans Companies Act*⁴⁷⁹ also have specific and separate reporting and disclosure requirements. The *Public Accountability Statements (Banks, Insurance Companies, Trust and Loan Companies) Regulations* establishes some common reporting and disclosure requirements for federal financial institutions requiring them to account for “community development” initiatives.⁴⁸⁰ The requirement does not need to relate specifically to human rights and indeed focuses more on charitable donations and philanthropic activity. However, those financial institutions that are subject to the requirements (having at least \$1 billion in equity) are also to formulate and announce their goals for community development as well as to identify the initiatives they have undertaken, including to improve access to financial services to low-income individuals, senior citizen and disabled persons.⁴⁸¹ The obligation to formulate a community development strategy and the practice

⁴⁷¹ See Olivier de Schutter et al., “Human Rights Diligence: The Role of States” Report for the Human Rights Due Diligence Project, December 2012, available at <http://www.csrandthelaw.com/wp-content/uploads/2013/01/Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States1.pdf> (24.10.2013).

⁴⁷² Form 51-102F2, especially, §§ 5.1(1)(k), 5.1(4) and 5.2.

⁴⁷³ See *infra* 3.2.

⁴⁷⁴ See National Instrument 41-101, Form 41-101F, s 5.1(4) ; available at OSC http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category4/rule_20110506_41-101_unofficial-consolidated-post-ifs.pdf (24.10.2013).

⁴⁷⁵ *Supra* note 445, Form 51-102F Item 5.1(4).

⁴⁷⁶ See TMX, available at http://tmx.complinet.com/en/display/display_viewall.html?rbid=2072&element_id=110&record_id=110 (24.10.2013). See also TMX, available at <http://www.tmx.com/en/pdf/A-Primer-for-Environmental-and-Social-Disclosure.pdf> (24.10.2013).

⁴⁷⁷ *Bank Act*, SC 1991, c 46.

⁴⁷⁸ *Insurance Companies Act*, SC 1991, c 47.

⁴⁷⁹ *Trust and Loan Companies Act*, SC 1991, c 45.

⁴⁸⁰ *Public Accountability Statements (Banks, Insurance Companies, Trust and Loan Companies) Regulations*, SOR/2002-133.

⁴⁸¹ *Ibid.* ss. 3(b) and 3(f).

of filing the public accountability statement with a general CSR report has meant that the reporting institutions do indeed address their human rights impacts.⁴⁸²

Both the general securities reporting requirements and the specific requirements imposed on financial institutions make **no distinction between corporate activities inside or outside Canada**. To the degree that the situation of a subsidiary is material to that of the parent, reporting is required. As regards the *Public Accountability Statements Regulations*, an “affiliate” of the declarant is to be covered in the Report except if it is a finance entity advancing funds exclusively to its affiliates or if it is an affiliate with less than \$1 billion in equity that operates exclusively outside of Canada.⁴⁸³

2.2.2. Access to the reports and review

The financial statements in corporate annual reports are provided to the shareholders at every annual meeting and, in the case of the CBCA, are to be filed with the Director, an official named under the Act.⁴⁸⁴

Parallel filing requirements with the securities commissions exist under National Instrument 51-102.⁴⁸⁵ In the case of a material change, a news release is to be published.⁴⁸⁶ All filings under securities law are available to the public through a website operated by the Canadian Securities Administrators.⁴⁸⁷

As concerns financial institution public accountability statements, they must be disclosed to customers and the public as well as to the Financial Consumer Agency of Canada, with hard copies available on request at no charge, and statements posted on the websites through which products or services are offered.⁴⁸⁸

2.2.3. Consequences in case of faulty Reporting

Failure to make a required corporate law filing is an offence and can in principle result in fines or even imprisonment.⁴⁸⁹ As regards provincial securities acts, although the continuous disclosure obligation rests with the “reporting issuer” – *i.e.* the corporation – nevertheless directors and officers who authorized or acquiesced in the failure to disclose are deemed also to have violated the law.⁴⁹⁰ Thus persons who acquired or disposed of securities during the period when disclosure was required but not made can claim damages directly against the directors and officers.⁴⁹¹ It is also possible for a

⁴⁸² See e.g. the Royal Bank of Canada, 2012 Corporate Responsibility Report and Public Accountability Statement, at 69-73 and 122; available at RBC <http://www.rbc.com/community-sustainability/assets-custom/pdf/RBC-CRR-Report-e.pdf>. (24.10.2013).

⁴⁸³ *Supra* note 480 s. 2.

⁴⁸⁴ *Supra* note 468, ss. 155 and 160.

⁴⁸⁵ See *National Instrument 51-102 Continuous Disclosure Obligations* s. 5.5, available at OSC https://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/rule_20111031_51-102_unofficial-consolidation-post-ifrs.pdf, Part 4 (24.10.2013).

⁴⁸⁶ *Ibid.* s. 7.1.

⁴⁸⁷ See SEDAR, available at http://www.sedar.com/homepage_en.htm (24.10.2013).

⁴⁸⁸ *Public Accountability Statements (Banks, Insurance Companies, Trust and Loan Companies) Regulations, SOR/2002-133*, s. 5.

⁴⁸⁹ See *supra* note 485 s. 250.

⁴⁹⁰ *Supra* note 444 s. 129.2.

⁴⁹¹ *Ibid.* s. 138.3(4).

securities commission to issue a cease trade order against a company.⁴⁹² There are no specific penalties foreseen under the *Public Accountability Statements Regulations*. However, the legislative frameworks of the *Bank Act*, *Insurance Companies Act*, and *Trust and Loans Companies Act* provide broad inspection, supervision and compliance powers for regulatory authorities as well as strict sanctions against failure to comply with legal requirements.⁴⁹³

2.3. Supporting Measures

2.3.1. Condition for Incorporation and Listing

There is no obligation under Canadian law on a company to carry out human rights due diligence or human rights reporting on incorporation and on listing except to the degree that a prospectus filed for an initial public offering would trigger a Management's Discussion and Analysis assessing human rights risks and policies

2.3.2. Other Governmental Measures to Promote Human Rights Due Diligence or Reporting

Canada's CSR Strategy includes as one of its "four pillars" the promotion of **voluntary CSR performance guidelines**.⁴⁹⁴ Pursuant to the *OECD Guidelines*, Canada has established a contact point under the auspices of the Department of Foreign Affairs and International Trade through which NGOs can voice concerns about Canadian business practices abroad.⁴⁹⁵

The government of Canada participated in the development of the **ISO 26000 Social Responsibility Standard** and voted in its favour, undertaking therefore through the auspices of the Canadian Standards Association and the Bureau de normalisation du Québec to develop a national standard based upon it.⁴⁹⁶

Export Development Canada (EDC), a Crown corporation, aims to support and develop Canada's export trade by assisting Canadian companies' capacity to respond to international business opportunities.⁴⁹⁷ EDC provides **financing and insurance services** with a view, *inter alia*, to promoting and protecting internationally recognized human rights standards. In order to qualify for financing from the EDC, International Finance Corporation Performance Standards, the Equator Principles, and the EDC's Corporate Social Responsibility directives apply and a review and an Environmental and Social Impact Assessment is carried out and scrutinized.⁴⁹⁸ In addition, EDC has developed an **assessment tool to measure potential human rights impacts**, using accepted international indicators such as the World Bank's Country Governance Indicators, Freedom House's Freedom of the Press

⁴⁹² See *supra* note 444 s. 127.

⁴⁹³ See *e.g. supra* note 477 ss. 615, 617.1 and 980ff.

⁴⁹⁴ See *supra* note 435.

⁴⁹⁵ Canada's National Contact Point, online: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ncp-pcn/index.aspx?lang=eng&view=d>.

⁴⁹⁶ See Corporate Social Responsibility, online: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/ds/csr_e-b_Issue10.aspx?view=d.

⁴⁹⁷ Export Development Canada, *About Us*, online: EDC <http://www.edc.ca/EN/About-Us/Pages/default.aspx> (24.10.2013).

⁴⁹⁸ See in general: Export Development Canada, *Corporate Social Responsibility at Export Development Canada*, online: EDC <http://www.edc.ca/EN/About-Us/Corporate-Social-Responsibility/Documents/corporate-social%20responsibility-brochure.pdf> (24.10.2013).

ratings and human rights violations data from the Political Terror Scale by Gibney, Cornett and Wood, among others. Countries are classified according to their human rights risk, which allows the EDC to establish the scale and depth of the human rights assessment that needs to be carried out.⁴⁹⁹

The **Canadian Human Rights Commission**, an independent body charged with administering the *Canadian Human Rights Act* and ensuring compliance with the *Employment Equity Act*⁵⁰⁰ has created the **Human Rights Maturity Model Tool** with the purpose of helping public and private organizations improve their overall compliance with acceptable Canadian human rights standards.⁵⁰¹ After the organization finishes the process, the information it submits is crosschecked and recommendations are made according to the characteristics of the organization.

2.3.3. Overview on Labels or Other Voluntary Measures and Initiatives

Some corporations have **voluntarily incorporated various CSR guidelines** and transparency tools into their processes and reporting statements. Some of these reporting and transparency requirements have been integrated in their good governance codes due to **external regulations** which have a direct effect on Canadian companies, such as the US *Dodd-Frank Wall Street Financial and Consumer Protection Act*⁵⁰² or the US Extractive Industry Payment Disclosure Rules.⁵⁰³

3. Due Diligence and Reporting Requirements on Environmental Issues

3.1. Duty to Carry out Due Diligence in Environmental Matters

In addition to the general duties discussed under 2.1.1., there are specific environmental duties imposed upon directors and officers under s. 280.1 of the *Canadian Environmental Protection Act* to take “all reasonable care” to ensure that the corporation complies with the legislation.⁵⁰⁴ In cases of significant environmental risk, the failure of a director or officer to take reasonable steps to prevent the commission of an offence is an aggravating factor in sentencing.⁵⁰⁵ Parallel duties exist under

⁴⁹⁹ Export Development Canada, *Corporate Social Responsibility Report 2011: Building Resilience Responsibly*, (Ottawa: EDC, 2012) available at <http://www.edc.ca/EN/About-Us/Corporate-Social-Responsibility/Documents/csr-report-2011.pdf> (24.10.2013)

⁵⁰⁰ The Commission is also charged with resolving disputes in cases of alleged discrimination by federally regulated organizations and institutions. The parties to allegations that fall within the Commission’s jurisdiction are assisted first to find a solution to the matter without filing a complaint. If that is impossible and a complaint must be filed, the case is assigned to a mediator or investigator, or ultimately, heard by the Canadian Human Rights Tribunal. However, throughout the process, the Commission encourages the use of alternative dispute resolution to reach a solution. For additional information about the *Canadian Human Rights Commission* please visit their official website at: <http://www.chrc-ccdp.ca> (24.10.2013).

⁵⁰¹ For additional information about the *Human Rights Maturity Model* please visit their official website at: <http://www.hrmm-mmdp.ca> (24.10.2013).

⁵⁰² *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, Pub L 111-203, 124 Stat 1376 (2010).

⁵⁰³ See “Extractive Sector Transparency – SEC Adopts Rules Under Dodd-Frank Mandating Disclosure of Government Payments”, available at Fasken <http://www.fasken.com/extractive-sector-transparency-sec-adopts-rules-under-dodd-frank-mandating-disclosure-of-government-payments/> (24.10.2013).

⁵⁰⁴ *Canadian Environmental Protection Act*, 1999 (S.C. 1999, c. 33) s. 280.1.

⁵⁰⁵ *Ibid.* s. 287.1.

provincial environmental laws.⁵⁰⁶ There is also a general duty for a “person in charge” of a site subject to environmental assessment to enable its conduct and to furnish documents and information reasonably required.⁵⁰⁷

Under the Québec *Environmental Quality Act*, beyond seeking to avoid fines, directors and officers have an additional incentive not to commit certain offences under the legislation and to take all reasonable steps to prevent others from committing them. The Act provides that an authorization certificate may be suspended or revoked where a director, officer or even shareholder has been involved in certain violations, and thus in effect provides that the business can be brought to a halt.⁵⁰⁸

In addition to what is noted under 2.1.1., b., some further regulatory guidance is provided for the conduct of environmental due diligence. In 2010, the Canadian Securities Administrators issued Staff Notice 51-333 on Environmental Reporting Guidance, which addresses how Management’s Discussion and Analyses should address environmental risks facing the company.⁵⁰⁹ It divides these risks among: (a) litigation risks; (b) physical risks; (c) regulatory risks; (d) reputational risks; and (e) risks relating to the business model. The document goes into considerable detail as to how the risk assessment is to be conducted, what financial and operational requirements should be taken into account, and risk management and oversight policies should be implemented – including how this can impact upon corporate governance.

There is no specific statutory obligation under the CBCA or parallel provincial legislation requiring that directors and officers to weigh environmental risks or impacts as part of their fiduciary duty and duty of care. However, in *Peoples* the Supreme Court of Canada explicitly included consideration of the interests of the environment as falling within the purview of the fiduciary duty of directors and officers.⁵¹⁰ As was discussed under 2.1.1., c., the approach taken by the Supreme Court has placed considerable emphasis upon the development and adoption of codes of conduct by corporations themselves. There is a plethora of such codes relating to management of environmental risks.⁵¹¹

⁵⁰⁶ See, for example, Ontario’s *Environmental Protection Act* RSO 199, c. E. 19, s. 194 and Québec’s *Environmental Quality Act*, RSQ, c Q-2 s. 115.40, which does not identify a duty but does specify the liability of directors and officers for corporate violations of the Act. Furthermore, Québec’s legislation doubles the minimum and maximum fine for violations if the offence is committed by a director or officer of a corporation: s. 115.36. For more detailed information see Gowling Lafleur Henderson, *supra* note 442 at 21-23.

⁵⁰⁷ *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012 (S.C. 2012, c. 19, s. 52) s. 90(3). Parallel provisions exist under provincial law; see Ontario’s *Environmental Assessment Act* RSO 1990, c. E.18, ss. 25-26.

⁵⁰⁸ See *Canadian Environmental Assessment Act*, 2012 for example ss. 31.29 and 115.5-115.12

⁵⁰⁹ Available at OSC

http://www.osc.gov.on.ca/documents/en/Securities-Category5/csa_20101027_51-333_environmental-reporting.pdf (24.10.2013).

⁵¹⁰ “We accept as an accurate statement of law that in determining whether they are acting with a view to the best interests of the corporation it may be legitimate, given all the circumstances of a given case, for the board of directors to consider, inter alia, the interests of shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.”; *Supra* note 448 at 482.

⁵¹¹ In addition to the mining and forestry codes discussed in B.1.a.iv, which embody environmental as well as human rights principles, it is worth mentioning the Chemistry Industry Association of Canada’s Responsible Care Ethic and Codes, available at CIAC <http://www.canadianchemistry.ca/ResponsibleCareHome/ResponsibleCareBREthicPrinciplesBR.aspx> (24.10.2013) and the Equator Principles, to which a number of Canadian financial institutions adhere, available at Equator-principles <http://www.equator-principles.com/> (24.10.2013).

In addition to what is discussed in 2.1.1, d., it should be noted that in Staff Notice 51-333, the Canadian Securities Administrators specifically signal that the evaluation of regulatory risks associated with a company's environmental impact "can include both applicable domestic and foreign requirements."⁵¹²

Canadian corporations, as legal persons, are subject to federal and provincial environmental law.⁵¹³ The main pieces of environmental legislation at both levels contain explicit provisions making clear that corporations come under the definition of the persons to whom the law applies directly.⁵¹⁴ The *Canadian Environmental Protection Act* explicitly identifies offences that are committed by corporations, but it distinguishes in the application of penalties between "small revenue corporations" and other corporations.⁵¹⁵ It also provides that corporation with more than one shareholder that is convicted of an offence under the Act shall notify its shareholders as directed by the court.⁵¹⁶ Furthermore, the Minister of the Environment is to maintain a public registry of all convictions of corporations for offences under the Act.⁵¹⁷

Certain business activities cannot proceed without a federal or provincial environmental assessment having been conducted. Thus, for example, s. 31.1 of Québec's *Environmental Quality Act* provides that in specific the cases identified by regulation, no business activity of any kind can take place without an assessment, review and certified governmental authorization.⁵¹⁸

Since the government of Québec is the first jurisdiction in Canada to be implementing an emissions trading system for greenhouse gases, it has enacted a series of specific obligations for businesses.⁵¹⁹ These have to do with reporting on emissions and conducting the trade of emissions credits.⁵²⁰

As to remedies, in addition to the measures identified in 2.1.5., there is also a very wide range of remedial powers and sanctions available under federal and provincial environmental law.⁵²¹

3.2. Reporting Duties on Environmental Issues

In addition to the reporting requirements discussed above (2.2.1.), there are specific environmental reporting requirements under the securities regime. In particular, the MD&A requirement discussed

⁵¹² *Supra* note 509 at 9.

⁵¹³ Canada's Constitution Act, 1867 divides heads of power between the federal provincial governments, but the 'environment' is not included amongst the heads of power, and is in practice divided according to its connection with other heads of power. See, for instance *Friends of the Oldman River Society v Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 SCR 3.

⁵¹⁴ See, for example, Ontario's *Environmental Protection Act*, *supra* note, s. 1(1) and Québec's *Environmental Quality Act*, *supra* note, s. 1(9).

⁵¹⁵ See *supra* note ss. 272-272.3.

⁵¹⁶ *Ibid.* s. 274.2.

⁵¹⁷ *Ibid.* s. 294.2.

⁵¹⁸ *Supra* note.

⁵¹⁹ *Supra* note, Division VI.

⁵²⁰ There are of course a host of general reporting requirements covering a range emissions under federal and provincial statutes, even, for example covering greenhouse gas emissions reporting in the absence of a trading regime: see, for example, *Greenhouse Gas Emissions Reporting*, Ontario Regulation 452/09. We draw particular attention to Québec's new trading system because of the more far-reaching implications it has for corporate risks and duties.

⁵²¹ For an overview see *Environmental Law and Litigation*, available at Envirolaw <http://envirolaw.com/quick-intro-canadian-environmental-law/> (24.10.2013).

earlier is more specific and arguably more stringent with respect to environmental risks. National Instrument 51-102 signals that “environmental issues,” “environmental protection,” environmental policies” and “environmental risks” should be addressed in the Annual Information Form. A parallel set of requirements exists for the issuance of a prospectus when selling securities to the public.⁵²²

In addition to disclosure of due diligence procedures as explained above (3.1.1), there are even more specific regulatory requirements to disclose environmental risks in the case of mineral projects, which are covered by their own National Instrument 43-101.⁵²³ Thus, in particular, environmental liabilities to which the project is subject must be identified and disclosed along with the impact of environmental issues on estimated mineral resources and reserves and the environmental conditions applicable to mining operations.

For its part, the Canadian Institute of Public Accountants (CICA) provides a series of detailed guidance documents for MD&As relating to environmental risk, and these documents have been in turn been noted in Staff Notice 51-333. For example, CICA provide a guidance document concerning climate change risk disclosure.⁵²⁴

Furthermore environmental laws stipulate a number of reporting requirements of their own concerning environmental impacts. The securities continuous disclosure regime of National Instruments 51-102 and 43-101 as well as the guidance provided by Staff Notice 51-333 together create a reporting mechanism for environmental risks as well as corporate environmental policies adopted and results achieved as material changes arise. In addition to this financially driven reporting mechanism, however, there are also environmentally driven reasons for having corporations generate data about the externalities they create through their activities and, as a result, for them to provide information to the public. Sometimes environmental statutes and regulations will establish the basis for public data gathering, in which case corporations will not have a direct reporting role.⁵²⁵ In other cases the law requires the corporation to become the reporting agent that transmits data.⁵²⁶ Indeed, the Federal Court determined in the *Great Lakes* case that there cannot be governmental discretion exercised to exempt companies or a sector from reporting because this is inconsistent with providing public information and protecting the environment and human health from dangerous chemical releases.⁵²⁷ Finally, sometimes municipalities will have their own system for requiring businesses to gather data, as is true of Toronto’s ChemTrac system.⁵²⁸

⁵²² See *supra* note 474, s. 21.1.

⁵²³ National Instrument 43-101, *Standards of Disclosure for Mineral Projects*, s. 3.4, available at OSC http://www.osc.gov.on.ca/en/SecuritiesLaw/ni_20110624_43-101_mineral-projects.htm (24.10.2013).

⁵²⁴ CICA, *Building a Better MD&A: Climate Change Risk Disclosure*, available at CICA <http://www.cica.ca/focus-on-practice-areas/reporting-and-capital-markets/performance-reporting-resource-centre/item12846.pdf> (24.10.2013).

⁵²⁵ See, for example, Chemical Substances: Monitoring and Surveillance, online: Government of Canada, available at <http://www.chemicalsubstanceschimiques.gc.ca/plan/surveil/index-eng.php> (24.10.2013).

⁵²⁶ See, for example, National Pollution Release Inventory, available at Environment Canada <http://www.ec.gc.ca/inrp-npri/> (24.10.2013). See also, for example, Québec’s *Regulation respecting mandatory reporting of certain emissions of contaminants into the atmosphere*, RRQ c. Q-2, r. 15, ss. 4-6 (toxic pollution, acid rain and smog reporting).

⁵²⁷ See *Great Lakes United v. Canada (Minister of Environment)* 2009 FC 408; 2009 CarswellNat 927.

⁵²⁸ See City of Toronto, *Environmental Reporting and Disclosure Bylaw (Municipal Code Chapter 423)* March 2012), s. 4.0.

The various environmental law requirements to provide scientific data and reports carry their own specific forms of content and timelines. For example, the federal and provincial governments have together established a reporting scheme for toxic pollution, acid rain and smog, which involves mandatory completion online of detailed forms by June 1 of each year.⁵²⁹

Canadian environmental law does not extent abroad and thus the scientific reporting requirements discussed in the previous section are not of relevance to foreign subsidiaries. However, as is discussed in 2.2.1, the continuous disclosure securities regime would in principle apply.

As for access to reports, the discussion under 2.2.4. applies equally here. In addition, where scientific data gathering and reports are required by environmental law, there exist public registries of the information thus gathered, typically breaking down the data by individual facility and emission and allowing for online search. Thus, for example, the National Pollutant Release Inventory allows the public to perform detailed searches according to year, facility, substance, location, industry and type of pollutant release.⁵³⁰

Finally, in addition to the sanctions mentioned above, 2.2.6., where scientific data gathering and reports are required under environmental law, failure to provide timely disclosure or the filing of false data can give rise to criminal liability.

3.3. Supporting Measures

Except to the degree that a prospectus filed for an initial public offering would trigger an MD&A assessing environmental risks and policies, environmental reporting and / or due diligence is not required for incorporation and listing.

The additional measures discussed under 2.3.3. all have parallel environmental diligence and reporting dimensions. In addition, it should be noted that EDC's procedures to evaluate the environmental and social impacts of a project rely heavily on CSR standards.⁵³¹

⁵²⁹ See *supra* note 526, s. 5 (establishing a reporting methodology to the federal Minister of Environment).

⁵³⁰ See National Pollutant Release Inventory Online Data Search, online: Environment Canada http://www.ec.gc.ca/pdb/websol/querysite/query_e.cfm (24.10.2013).

⁵³¹ *Supra* note 471 at 36.

H. USA (FEDERAL LAW)⁵³²

1. Overview

There is very little legislation in the U.S. that specifically implements the UN Guidelines on Business and Human Rights, however many of the notions included in those Principles already exist in U.S. law and U.S. corporate practice. The following pages provide a rough overview of the means and extent to which the notions embodied in the UN Guidelines on Business and Human Rights operate in U.S. corporate activities.

Although the combination of the U.S. legal fabric and market forces has resulted in corporate practices which often include extensive due diligence, the particularities of the United States legal system make it particularly difficult to answer the questions posed in a complete, coherent and comprehensive manner. The U. S. legal system has no overriding structure or framework for the law in any particular area, or even in general. In American law, the general principals are usually to be found in the Common Law, which generally means in the case law, rather than in legislation.

In addition, legislation in the United States is generally adopted on an *ad hoc* basis to respond to a specific perceived need for regulation of a relatively narrow area of the law, often in response to public outcry concerning a specific problem. The requirement for publicly traded companies included in the Dodd-Frank Act⁵³³ to make certain disclosures concerning their use of minerals which may have originated in the Democratic Republic of the Congo is an example of this phenomenon, the California Transparency in Supply Chains Act (see 2.2.2., b.) or the proposed reporting requirements for Burma (2.2.5.) are further examples.

Finally, a substantial portion of regulation in the United States – particularly of activities of citizens, be they individuals or legal entities – is accomplished by imposing civil and/or criminal liability for the consequences of an act or omission rather than imposing a legal obligation to act (or not to act) in a specific manner. There may even be specific legislation granting a “safe haven” from such liability if certain actions are taken rather than imposing an obligation to take such action. The U.S. Federal Sentencing Guidelines⁵³⁴ for example serve as a powerful incentive for corporations to implement and monitor effective compliance programs.⁵³⁵

It has therefore been necessary to at least allude to these aspects of American law notwithstanding the exclusion of liability issues from this opinion. One example is the Alien Tort Claims Act (“ATCA”) that provides a statutory basis for foreign nationals to sue private actors for breaches of international law, including certain fundamental human rights.⁵³⁶ The US Supreme Court has recently held

⁵³² Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung, Karen T. Druckman.

⁵³³ The Dodd Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Pub.L. 111–203), in particular Section 1502. See discussion under 2.2.2. and in the Annex to this country report.

⁵³⁴ See: http://www.law.cornell.edu/wex/federal_sentencing_guidelines (24.10.2013).

⁵³⁵ Corporate Social Responsibility for Human Rights, Comments on the UN Special Representative’s Report Entitled “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”, Memorandum of Weil, Gotshal & Manges, May 22, 2008, p. 4, available at: <http://198.170.85.29/Weil-Gotshal-legal-commentary-on-Ruggie-report-22-May-2008.pdf> (24.10.2013).

⁵³⁶ Stakeholder Submission on United States Obligations to Respect, Protect and Remedy Human Rights in the Context of Business Activities, submitted on April 19, 2010 by: The Center for Constitutional Rights, EarthRights International. Western Shoshone Defense Project, Corporate Accountability Working

however that, where all the events complained of occurred outside the U.S., U.S. federal courts do not have jurisdiction to hear an action against a U.S. corporation under the ATCA.⁵³⁷ Also the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)⁵³⁸ has been used to hold companies accountable for failures to ensure transparency and avoid corruption. Under the FCPA, U.S. companies that bribe foreign officials face criminal and civil enforcement actions. U.S. companies doing business abroad typically perform due diligence investigations to evaluate potential sources of liability under the FCPA and, where violations or potential violations are uncovered, implement preventive measures.⁵³⁹

The U.S. legal system offers extensive protections of human rights, through a complex web of state and federal legislation⁵⁴⁰ and a host of legislation pertaining to the environment which is often administered by the Environmental Protection Agency. Corporations must comply with most, if not all, of this legislation.⁵⁴¹ Overall, however, the U.S. has no general statutes that require U.S. businesses to observe internationally-recognized human rights. A variety of national and state-level

Group of the International Network for Economic, Social and Cultural Rights (ESCR-Net), available at: http://ccriustice.org/files/USUPR_CorpAcct_Final_All.pdf, § I. 5 (24.10.2013).

537

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 569 U. S. (2013); The plaintiff in that case, Esther Kiobel, for herself and on behalf of her late husband, Dr. Barinem Kiobel and 10 other Nigerians, claims that Royal Dutch Shell Petroleum Co.—along with one of its subsidiaries, and a British firm, Shell Transport and Trading Co.—aided and abetted the Nigerian military dictatorship's use of murder and torture against opponents of oil exploration in the Ogoni region of the Niger Delta between 1992 and 1995. The Supreme Court originally heard oral argument in *Kiobel* on whether corporations could be held liable for human rights abuses under the ATCA. In a highly unusual move, the Court then ordered a second round of briefs and oral arguments—completed on October 1, 2012—on whether the ATCA could reach human rights abuses committed in the territory of another state. The Court's holding was based on the presumption against extra-territorial effect of federal legislation.

See: http://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf (24.10.2103). The Court has however agreed to hear another case, *DaimlerChrysler A.G. v. Bauman*, 569 U.S., available at:

http://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/042213zor_k5fl.pdf (24.10.2013) which poses the question of whether the fact that the German car company has an indirect subsidiary that sells its products in America is sufficient to [allow U.S. federal courts to exert personal jurisdiction over German company][render U.S. federal competent to hear a claim against that company]. The suit was brought under the Alien Tort Statute by Mercedes-Benz employees in Argentina who claim the company helped the country's military dictatorship "disappear" dissidents in the 1970s and 1980s.

538

15 U.S.C. §78dd-1, *et seq.* The Act prohibits bribery of foreign governmental officials, candidates for office, and officials of political parties for the purpose of obtaining or maintaining business.

539

Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 7, available at:

<http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10. 2013).

540

E.g. the Civil Rights Act Pub.L. 88–352; the Torture Victim Protection, 28 U.S.C. §1350. This Acts allows U.S. citizens to sue for extrajudicial killing and torture, but courts have disagreed about its applicability to business actors; the Fair Labor Standards Act 29 U.S.C. §201 *et seq.* the Occupational Safety and Health Act, Public Law 91-596.

541

As an example, the Housing and Civil Enforcement Section of the Civil Rights Division, in the agency's first enforcement action under anti-discriminatory rules that went into effect in 2012, fined the Bank of America for denying a mortgage to a couple based on their sexual orientation and marital status. See: HUD Announces Agreement with Bank of America to Settle LGBT Discrimination Claim, HUD Press Release N° 13-001, Jan. 2, 2013, available at:

http://portal.hud.gov/hudportal/HUD?src=/press/press_releases_media_advisories/2013/HUDNo.13-001 (24.10. 2013). For additional enforcement actions brought by that Section see:

<http://www.justice.gov/crt/about/hce/whatnew.php> (24.10.2013).

statutes generally prohibit businesses from practices such as racial discrimination and toxic pollution, for example, but these statutes often do not apply to such abuses abroad and/or do not incorporate the full spectrum of internationally-recognized human rights standards.⁵⁴²

Finally, companies listed on the NYSE⁵⁴³ or Nasdaq⁵⁴⁴ are required to maintain codes of conduct and ethics for their directors, officers and employees which set forth standards of expected conduct. These codes must address certain matters such as compliance with law, and typically also address other human rights matters such as employment discrimination.⁵⁴⁵

2. Due Diligence and Reporting Requirements on Human Rights

2.1. Duty to Carry out a Human Rights Due Diligence

2.1.1. Duties of Corporate Bodies

Corporate directors (and similarly corporate managers)⁵⁴⁶ are fiduciaries and owe duties of care and loyalty to the corporation and its shareholders. The duty of care generally requires directors to exercise ordinary care and prudence in the conduct of corporate affairs. The duty of loyalty generally requires directors to act in good faith in the best interests of the corporation and its shareholders.⁵⁴⁷ Many states have enacted “other constituency” statutes which expressly allow directors to consider the effect of a particular board decision on other non-shareholder constituencies, including employees, creditors, the community and the broader society.⁵⁴⁸

⁵⁴² Stakeholder Submission on United States Obligations to Respect, Protect and Remedy Human Rights in the Context of Business Activities, submitted on April 19, 2010 by: The Center for Constitutional Rights, EarthRights International, Western Shoshone Defense Project, Corporate Accountability Working Group of the International Network for Economic, Social and Cultural Rights (ESCR-Net), available at: http://ccriustice.org/files/USUPR_CorpAcct_Final_All.pdf, § I. 5 (24.10.2013).

⁵⁴³ New York Stock Exchange.

⁵⁴⁴ The Nasdaq Stock Market.

⁵⁴⁵ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, pp. 9-10, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (Mar. 1, 2013).

⁵⁴⁶ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 11, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁴⁷ Cf. D. Millon, Human Rights and Delaware Corporate Law, 25 Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal (2012), 173 seq., 175

⁵⁴⁸ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, available at <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013), p. 5 and p. 9-10, where 30 states are mentioned; for an overview and a comparison with German law see M. Empt, Corporate Social Responsibility. Das Ermessen des Managements zur Berücksichtigung von Nichtaktionärsinteressen im US-amerikanischen und deutschen Aktienrecht, Diss., Berlin 2004, who quotes statutes of the following states: Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts,

More specifically, directors are required to provide oversight of management's performance of delegated duties. This includes oversight of risk⁵⁴⁹ management, legal and ethical compliance and other areas that could potentially impact human rights. This responsibility may encompass actions and associated impacts of subsidiaries, suppliers and business partners, both within and outside the jurisdiction of incorporation. Oversight of risk management and compliance necessitates periodic review by the board of corporate policies, processes and controls designed to prevent and detect violations of law or undue risk taking, which may include human rights abuses. A component of such processes is an effective compliance and ethics program, including a code of conduct and ethics (which a company is required to have under the New York Stock Exchange and Nasdaq Securities Market listing standards).⁵⁵⁰

There is little⁵⁵¹ or no legislation imposing specific duties – including the duty to take specific risks into account – on officers and director; those obligations would be subsumed under the general duties of care and loyalty including, for listed companies, the duty to comply with applicable securities regulations. It then follows logically that there are no general direct obligations to perform due diligence imposed on corporations or their directors. Nonetheless, since the law may impose penalties for violations of certain legislation that addresses some of the issues raised in the Principles, such due diligence may be advisable in order to avoid such liability.

In fact, in the U.S., litigation risk serves more often as an incentive to implement due diligence procedures than does legislation.⁵⁵² As an example, the U.S. Federal Sentencing Guidelines⁵⁵³ provide that the fine payable by a corporation found guilty of a federal crime will be substantially reduced if the corporation has an appropriate compliance program in place prior to the crime. The Guidelines therefore serve as a powerful incentive for corporations to implement and monitor effective compliance programs.⁵⁵⁴

Directors will not be held liable for their decisions, even if such decisions harm the corporation or its shareholders, if the decisions fall within the judicially created safe harbor known as the “business judgment rule.” The business judgment rule creates a judicial presumption that disinterested and

Minnesota, Mississippi, Missouri, Nebraska, Nevada, New Jersey, New Mexico, New York, North Dakota, Ohio, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Vermont, Virginia, Wisconsin, Wyoming.

⁵⁴⁹ This includes both risks of violations of law and risks to the corporation's reputation.

⁵⁵⁰ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 5, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁵¹ As we have limited our research, for the most part, to U.S. Federal law, we are not in a position to make an unequivocal statement to this effect.

⁵⁵² Human Rights Due Diligence Project – US Consultation Summary, International Corporate Accountability Roundtable, June 25, 2012, available at: <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/human-rights-due-diligence-project-us-consultation-summary/>, p. 2, 24.10.2013).

⁵⁵³ See: http://www.law.cornell.edu/wex/federal_sentencing_guidelines (24.10.2013).

⁵⁵⁴ Corporate Social Responsibility for Human Rights, Comments on the UN Special Representative's Report Entitled “Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights”, Memorandum of Weil, Gotshal & Manges, May 22, 2008, p. 4, available at: <http://198.170.85.29/Weil-Gotshal-legal-commentary-on-Ruggie-report-22-May-2008.pdf> (24.10.2013); see also the decision of the Chancery Court of the State of Delaware, *In re. Caremark Int'l. Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996).

independent directors make business decisions on an informed basis and with the good faith belief that the decisions will serve the best interests of the corporation. Although there is no specific obligation to perform due diligence, by doing so they may be able to benefit from the protections afforded by the business judgment rule and thereby avoid liability.⁵⁵⁵

2.1.2. Duties of the Company

Pursuant to the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934, public companies⁵⁵⁶ are required to **disclose material risks** of their business operations which will include risks relating to human rights and other social issues (see also below, 2.2.2., a.).⁵⁵⁷

Although there are no general due diligence requirements for corporate entities, there exist some specific **due diligence requirements applicable to governmental entities or agencies** in connection with both human rights and the environment.⁵⁵⁸

2.1.3. Sector specific duties

Some sector-specific obligations exist, though they tend to focus on reporting and disclosure rather than on actually carrying out due diligence. A brief summary of some of these provisions will be provided below (2.2.2., b.).

⁵⁵⁵ According to the International Corporate Accountability Roundtable, a network of several NGO's, human rights due diligence is **increasingly an issue of board oversight responsibility**. When considering human rights impact assessments, companies consider not only litigation and reputational risks, but also operational risks, including the costs of conflict, delayed regulatory approval and the potential loss of insurance coverage. For additional information, see the ICAR website available at: <http://accountabilityroundtable.org/> (24.10.2013).

⁵⁵⁶ i.e. companies listed on a stock exchange.

⁵⁵⁷ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, pp. 6-7, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁵⁸ Anti-trafficking legislation and related Executive Orders provide one such example of mandating due diligence activity. Executive Order 13126 (available at <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-1999-06-16/html/99-15491.htm> (24.10. 2013) on the "Prohibition of Acquisition of Products Produced by Forced or Indentured Child Labor," was signed on June 12, 1999. This Executive Order is intended to ensure that U.S. federal agencies do not procure goods made by forced or indentured child labor. It requires the Department of Labor <http://www.dol.gov/ILAB/regs/eo13126/main.htm> (24.10.2013) in consultation with the Departments of State and Homeland Security, to publish and maintain a list of products, by country of origin, which the three Departments have a reasonable basis to believe, might have been mined, produced or manufactured by forced or indentured child labor. Under the procurement regulations implementing the Executive Order, federal contractors who supply products on a list published by the Department of Labor must certify that they have made a good faith effort to determine whether forced or indentured child labor was used to produce the items listed. See Human Rights Due Diligence Project – US Consultation Summary June 25, 2012, International Corporate Accountability Roundtable, available at <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/human-rights-due-diligence-project-us-consultation-summary/> (24.10.2013).

2.1.4. Consequences of the Failure to Carry out Due Diligence

As a general matter, only shareholders and/or the board of directors on behalf of the corporation may bring suit for breach by a director of his or her duties to the corporation and its shareholders. For example, depending on the nature of the allegation, shareholders may bring lawsuits against the directors of a corporation on behalf of the corporation for damages it has sustained (known as a “derivative suit”) or in appropriate instances for equitable relief.⁵⁵⁹

To the extent that the acts or omissions in question represent violations of Federal securities laws, there may be both civil and criminal liability.

2.1.5. Proposals for Reform

A bill was introduced in the House of Representative on August 1, 2011, entitled the Business Transparency on Trafficking and Slavery Act⁵⁶⁰ (the “Federal Act”). The Federal Act was not enacted; however the State of California enacted similar legislation, The California Transparency in Supply Chains Act⁵⁶¹, the previous year (see below, 2.2.2., b.).

2.2. Duty to Report on the Human Rights Impact of Activities Abroad

2.2.1. Duty to Report

Reporting requirements under U.S. law are both very broad and extremely complex. There is both Federal and state law on the subject. The following rough overview focuses on some of these requirements under Federal law that apply to companies.

a. Federal Securities Laws and Regulations in General

Pursuant to Federal securities laws and regulations, listed companies and companies having more than 500 shareholders and more than \$5 million in assets (together, “reporting companies”) are required to file periodic filings with the Securities and Exchange Commission (“SEC”), and the regulatory agency makes this information available to the public through EDGAR, the SEC’s online database. This requirement is in addition to filing requirements in connection with any offering of securities.

Public companies⁵⁶² are required to comply with a wide range of disclosure obligations under the federal securities laws, including a requirement to inform investors of all material information, including material foreseeable risks. For example, a public company will need to disclose if the potential for a human rights violation or other third party impact such as environmental damage, or

⁵⁵⁹ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 14, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10. 2013).

⁵⁶⁰ H.R. 2759, 112th Cong. (2011).

⁵⁶¹ See discussion under Section 2.1.3. *supra*.

⁵⁶² Many of the reporting requirements also apply to companies with more than 500 shareholders and more than \$5 million in assets.

the reputational or legal consequences from an alleged violation, poses a material risk to the operations of the company.⁵⁶³

Disclosure is required for all material information regarding a publicly held corporation's operations and prospects, whether occurring inside or outside the United States. This disclosure requirement extends to impacts or actions of subsidiaries, suppliers and other business partners where such information is material.⁵⁶⁴

In general, under Section 13(a) of the Securities Exchange Act, reporting companies must disclose continuously by filing annual reports (10Ks), quarterly reports (10Qs), and reports when certain events occur (8Ks). These periodic reports include or incorporate by reference *inter alia* information about the company's officers and directors, the company's line of business, the management discussion and analysis section (in which the company's management discusses the prior year's performance and plans for the next year), and audited financial statements. The chief executive officer and chief financial officer are required to certify the accuracy of the information contained in the annual and quarterly reports, among other things.

In addition to periodic reporting, the Securities Exchange Act also mandates disclosure⁵⁶⁵ at certain crucial points in order to allow investors to make informed decisions before exercising ownership rights in stock. Sections 14(a), 14(b), and 14(c) govern disclosure during proxy contests, when various parties might solicit an investor's vote on a corporate action or to vote for certain board members. If a party makes a tender offer, by attempting to buy up 5% or more of the company's stock on the open market, a tender offeror must also file disclosure documents with the SEC that disclose its future plans relating to its holdings in the company, among other information; this allows investors to decide whether to sell or not.⁵⁶⁶

b. Sector Specific Disclosure Requirements

As examples of sector specific disclosure requirements, the following section will describe three such provisions on the Federal level⁵⁶⁷ (concerning **Conflict Minerals, Mine Safety Disclosure and Disclosure of Payments by Resource Extraction Issuers**) and one on the State level (in the state of California).

⁵⁶³ Information is "material" if there is a substantial likelihood that a reasonable shareholder would consider it significant in its deliberations on voting or buying or selling stock or, stated otherwise, whether it would be viewed by an investor as significantly altering the "total mix" of information made available. Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 6, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁶⁴ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 17, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁶⁵ Generally speaking, disclosure documents must be filed with the SEC and are then available to the public through EDGAR, the SEC's online database.

⁵⁶⁶ http://www.law.cornell.edu/wex/securities_exchange_act_of_1934 (24.10.2013).

⁵⁶⁷ For additional information see Annex to U.S. County Report, *infra*.

The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

Title XV of the **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**⁵⁶⁸ contains several specialized disclosure provisions, perhaps the most important being Sections 1502-1504. These provisions have been summarized below.⁵⁶⁹

Section 1502 requires companies to disclose annually any conflict minerals⁵⁷⁰ that have been used in the products they have manufactured or contracted out for manufacture which originated in the **Democratic Republic of the Congo** or an adjoining country and to provide a report describing, among other matters, the measures taken to exercise due diligence concerning the source and chain of custody of those minerals, which report must include an independent private sector audit of the report that is certified by the person filing the report.

Section 1503 requires any listed company that is a mine operator, or has a subsidiary that is an operator, to disclose in each periodic report filed with the Commission information related to health and safety violations, including the number of certain violations, orders, and citations received from the Mine Safety and Health Administration (MSHA) among other matters. These companies must also disclose in their Form 8-K reports the receipt from MSHA of any imminent danger orders or notices indicating that a mine has a pattern or potential pattern of violating mandatory health or safety standards.

Section 1504 requires listed companies engaged in the commercial development of oil, natural gas, or minerals to disclose in an annual report certain payments made to the United States or a foreign government. This information must be provided in an interactive data format, and the SEC must make a compilation of the information available online.⁵⁷¹

California Transparency in Supply Chains Act

The California Transparency in Supply Chains Act⁵⁷² adopted in 2010 and effective as of January 1, 2012, requires that companies disclose their efforts to ensure that their supply chains are free from slavery and human trafficking. The Act applies to retail sellers and manufacturers doing business in California with annual worldwide gross receipts exceeding one hundred million dollars. Such businesses are required to post on their internet websites (with a conspicuous and easily understood link on the homepage). If such a company does not have a website, the information must be made available in writing within 30 days of a consumer request for the disclosure. The exclusive remedy for failure to comply with the law is an action brought by the Attorney General of California for injunctive relief.

The Act requires disclosure indicating whether the retail seller or manufacturer does each of the following:

⁵⁶⁸ Pub.L. 111-203 (2010).

⁵⁶⁹ See U.S. Securities and Exchange Commission website at:
<http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank/speccorporpdisclosure.shtml> (24.10.2013).

⁵⁷⁰ These minerals include tin, tantalum, tungsten and gold.

⁵⁷¹ 17 CFR Parts 240 and 249, SEC Release No. 34-67717, available at:
<http://www.sec.gov/rules/final/2012/34-67717.pdf> (24.10.2013).

⁵⁷² Senate Bill 657 available at :
http://leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.html
(24.10.2013).

1. Engages in **verifications of product supply chains** to evaluate and address risks of human trafficking and slavery. The disclosure must specify if the verification was not conducted by a third party.
2. Conducts **audits of suppliers** to evaluate supplier compliance with company standards for prohibiting human trafficking and slavery in supply chains. The disclosure must specify if the verification was not an independent, unannounced audit.
3. Requires “direct suppliers” to **certify** that materials incorporated into the product **comply with the laws regarding slavery and human trafficking** of the country or countries in which they are doing business.
4. Maintains internal accountability standards and procedures for employees or contractors failing to meet company standards prohibiting slavery and human trafficking.
5. Provides company employees and management who have direct responsibility for supply chain management with training on human trafficking and slavery, particularly with respect to mitigating risks within the supply chains of products.

The Act requires that companies disclose the information about their supply chain compliance activities referred to above, but does not require companies to take specific verification, audit, certification, internal accountability and training actions.⁵⁷³ The intent of this legislation was to provide consumers with the information necessary to make purchasing decisions in keeping with a desire for the elimination of slavery and human trafficking.⁵⁷⁴

2.2.2. Access to the Reports and Review

Reports and registration statements filed with the SEC⁵⁷⁵; are publicly available and accessible through EDGAR, the SEC online database. Many corporations also disclose information via press releases, the corporate website, blogs, social networking and video-sharing websites, brochures, periodicals, television, radio and other methods.

Filings are reviewed by the SEC’s Division of Corporation Finance, which can issue comments and require amended filings where appropriate. If a corporation fails to timely file its required SEC reports, it can also lose certain privileges it may have under the securities laws such as the ability to access certain types of capital on an expedited basis. A corporation that fails to file timely reports may also be subject to stock exchange delisting.⁵⁷⁶

2.2.3. Consequences for Failure to Report

The U.S. National Report for the Corporate Law Project has summarized these consequences as follows:

⁵⁷³ Remsen Kinne, Edward Sangster & Daniel Fox, “California Transparency in Supply Chains Act – First 90 Days,” in JDSupra Law News April 13, 2012, available at: <http://www.jdsupra.com/legalnews/california-transparency-in-supply-chains-85821/> (24.10.2013).

⁵⁷⁴ S.B. 657 *op. cit.*, Section 2(g)-(j).

⁵⁷⁵ See discussion under Section 2.2.1, *supra*.

⁵⁷⁶ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 17, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

“The SEC has authority to sanction companies where disclosures include misrepresentations or omit required information. The SEC can seek an injunction prohibiting further acts that violate the securities laws. The SEC can also seek monetary penalties, the return of illegal profits and can bar an individual from serving as a corporate officer or director. In addition, the SEC can seek cease and desist orders, suspension or revocation of broker-dealer and investment advisor registrations, censures, bars from association with the securities industry and civil monetary penalties. In certain situations an investor has a private right of action under federal securities laws to sue a corporation for monetary damages where the corporation misstated or omitted material facts in disclosures upon which the investor relied in making an investment decision.”⁵⁷⁷

Criminal penalties may also apply, for example under the Foreign Corrupt Practices Act⁵⁷⁸ or the Sarbanes-Oxley Act of 2002⁵⁷⁹.

2.2.4. Proposals for Reform

In May 2012, President Obama and Secretary of State Clinton announced that the United States would ease financial and investment sanctions on Burma in response to the historic reforms that have taken place in that country over the past year. Following this announcement, the U.S. government eased its ban on new investment by U.S. persons in Burma and, as part of that step, unveiled the first-ever set of human rights due diligence reporting requirements – the Reporting Requirements on Responsible Investment in Burma (“Reporting Requirements”).⁵⁸⁰

The Reporting Requirements require U.S. persons (individuals or entities) with more than \$500,000 in new investment in Burma to report annually on policies and procedures with respect to human rights, workers’ rights, environmental stewardship, arrangements with security providers (if applicable), property/land acquisition, including processes to identify land rights and address resettlement practices, if the property is worth more than \$500,000 or is over 30 acres, payments to the Government of Burma, sub-national authorities, and state-owned enterprises if the aggregate annual amount exceeds \$10,000, and other key areas for human rights due diligence in the Burma context. Moreover, in an attempt to address concerns regarding the corruption at the Myanmar Oil and Gas Company (MOGE), the Reporting Requirements specify that U.S. persons with new Investments based on an agreement with MOGE must notify the State Department of the agreement in writing within 60 days of entering into the investment.⁵⁸¹

⁵⁷⁷ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 17, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁷⁸ See A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, available at: <http://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf> (24.10.2013).

⁵⁷⁹ Pub. L. 107-204, available at: <http://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf> (May 14, 2013).

⁵⁸⁰ The most recent draft of these regulations, issued on February 22, 2013 for public review during 30 days (and pending approval by the Office of Management and Budget) is available at: <http://www.humanrights.gov/wp-content/uploads/2013/02/Burma-Reporting-Requirements.pdf> (Mar. 14, 2013).

⁵⁸¹ <http://www.humanrights.gov/2012/12/10/u-s-government-on-business-and-human-rights-letter-to-the-un-working-group/> (24.10.2013).

2.3. Supporting Measures

2.3.1. Incorporation and listing

Our research revealed no requirement for corporations to respect human rights or due diligence as a condition for incorporation.

The New York Stock Exchange and the Nasdaq Stock Market are the primary stock exchanges in the United States upon which companies list, and they impose certain requirements on listed companies as a condition for listing (with their rules subject to SEC approval). The listing standards of the NYSE and Nasdaq require listed companies to have codes of conduct and ethics: failure to implement an effective compliance program could potentially lead to personal civil liability of directors and officers to shareholders.⁵⁸²

2.3.2. Other State Measures

The U.S. government has been deeply involved in developing the governance and oversight mechanism of the **International Code of Conduct for Private Security Service Providers (ICoC)**. The U.S. government has also participated in the establishment of standards based on the Code through the American National Standards Institute.⁵⁸³ The U.S. government explains its engagement and support of this process indicating that the ICoC, coupled with a credible independent mechanism for governance and oversight and objective and measurable standards, has the potential to raise the standards of the industry and mitigate the risk of human rights impacts associated with private security service provision in complex environments.⁵⁸⁴

In September 2011 President Obama announced that the United States would implement the **Extractives Industry Transparency Initiative (EITI)** domestically.⁵⁸⁵

The U.S. government also provides guidance to stakeholders regarding best practices in creating a corporate compliance system to eradicate child and forced labor. The U.S. Department of Labor (DOL) has recently released⁵⁸⁶ an **online toolkit on Child Labor and Forced Labor** that provides detailed, step-by-step, practical guidance to businesses and other stakeholders.⁵⁸⁷

⁵⁸² Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 7, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁸³ <http://www.humanrights.gov/2012/12/10/u-s-government-on-business-and-human-rights-letter-to-the-un-working-group/> (24.10.2013)

⁵⁸⁴ <http://www.humanrights.gov/2012/12/10/u-s-government-on-business-and-human-rights-letter-to-the-un-working-group/> (24.10.2013).

⁵⁸⁵ <http://www.humanrights.gov/2012/12/10/u-s-government-on-business-and-human-rights-letter-to-the-un-working-group/> (24.10.2013).

⁵⁸⁶ See press release of Dec. 14, 2012, available at: <http://social.dol.gov/blog/online-tool-to-help-businesses-fight-child-and-forced-labor/> (24.10.2013).

⁵⁸⁷ Available at: <http://www.dol.gov/ilab/child-forced-labor/> (24.10.2013).

2.3.3. Overview on Non State Initiatives and Labels

Some companies choose to disclose information relating to their compliance with human rights practices even where such information is not material. Such disclosure may be made in response to shareholder proposals or other requests for such information, or on the company's own initiative.⁵⁸⁸

In addition, corporations are generally well aware that the negative publicity surrounding human rights violations may harm their reputation and brand image. For these and other reasons, corporations adopt policies that address acceptable behaviors and the protection of human rights. Some choose to emphasize their commitment to human rights through social responsibility reports. In addition, many corporations voluntarily participate in corporate social responsibility initiatives.⁵⁸⁹

3. Due Diligence and Reporting Requirements on Environmental Issues

3.1. Duty to Carry out Due Diligence in Environmental Matters

There is no legislation specifically imposing a general duty of environmental due diligence on private companies or their officers or directors. Nonetheless, such due diligence may be necessary to avoid liability for violation of other environmental, corporate or securities legislation.

Although there is no general affirmative obligation to perform environmental due diligence, the Thompson Memo⁵⁹⁰ permits Department of Justice prosecutorial discretion where a company has due diligence programs in place. The Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act⁵⁹¹ (CERCLA) (also known as the Superfund Statute) incentivizes due diligence by

⁵⁸⁸ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 6, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013). See also website of Microsoft, at: <http://www.microsoft.com/about/corporatecitizenship/en-us/reporting/> (24.10.2013), ExxonMobil, at: http://www.exxonmobil.com/Corporate/community_ccr.aspx (24.10.2013), <http://www.gecitizenship.com/> (24.10.2013), Starbucks, at: <http://www.starbucks.com/responsibility/global-report> (24.10.2013), Nike, at: <http://www.nikebiz.com/crreport/> (24.10.2013), Heinz, Inc. at: <http://www.heinz.com/csr2011/>, Campbell Soup Company at: <http://www.campbellsoupcompany.com/csr/> (24.10.2013), the Hershey Company at: <http://www.thehersheycompany.com/social-responsibility/csr-report.aspx>, IBM at: <http://www.ibm.com/ibm/responsibility/> (24.10.2013). Other links are available through the website of the Corporate Social Responsibility Newswire available at: <http://www.csrwire.com/reports> (24.10.2013).

⁵⁸⁹ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 18, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

⁵⁹⁰ U.S. Department of Justice, Memorandum from the Office of the Deputy Attorney General to U.S. Attorneys dated January 20, 2003, II.6. available at: http://www.justice.gov/dag/cftf/business_organizations.pdf (Feb. 8, 2013).

⁵⁹¹ 42 U.S.C. §9601 et seq. (1980).

imposing joint and several liability for all entities involved in the placement of hazardous waste on contaminated property. Significantly, CERCLA was an example of a draconian government regulation that spurred creation of a voluntary initiative to develop due diligence procedures. Participation in this voluntary initiative was later incorporated as a safe harbor provision for the due diligence requirement.⁵⁹²

As to litigation, there have been a few attempts so far by citizens to take climate change to court in the U.S.; however, those attempts have been unsuccessful. Courts have dismissed their actions on the grounds that climate change is a political rather than a legal issue.⁵⁹³

3.2. Duty to Report on Environmental Matters

The reporting requirements described under 2.2. apply equally to environmental matters. In addition, the SEC has issued an **Interpretive Guidance on Disclosure Related to Business or Legal Developments Regarding Climate Change**.⁵⁹⁴

3.3. Supportive Measures

3.3.1. Incorporation and Listing

See above, 2.3.1.

3.3.2. Overview of Non-State Measures and Labels

In June 2009, Nasdaq launched the **NASDAQ OMX CRD Global Sustainability 50 Index**, which is an equally weighted equity index that serves as a benchmark for stocks of companies that are taking a leadership role in sustainability performance reporting and are traded on a major U.S. stock exchange. The Index is made up of companies that have taken a leadership role in disclosing their carbon footprint, energy usage, water consumption, hazardous and non-hazardous waste, employee safety, workforce diversity, management composition and community investing. These are companies that are voluntarily disclosing their current environmental, social and governance risks as well as their revenue opportunities and how it will affect future performance. Qualifying companies are reporting using the Global Reporting Initiative G3/G4 Guidelines. The securities must also meet other eligibility criteria which include minimum requirements for market value, average daily share volume, and price. The Index is evaluated on a semi-annual basis in May and November.⁵⁹⁵

There are also a number of indices such as the Dow Jones Sustainability Indices and the FTSE4Good Index Series that include companies based on operations in line with certain defined socially or environmentally responsible business practices.⁵⁹⁶

⁵⁹² Human Rights Due Diligence Project – US Consultation Summary June 25, 2012, International Corporate Accountability Roundtable, available at : <http://accountabilityroundtable.org/analysis-and-updates/human-rights-due-diligence-project-us-consultation-summary/> (24.10. 2013).

⁵⁹³ Fred Pearce, Should Polluting Nations Be Liable for Climate Damages?, Environment 360, 14 Jan. 2013 available at: http://e360.yale.edu/feature/should_polluting_nations_be_liable_for_climate_damages/2609/ (24.10.2013).

⁵⁹⁴ <http://www.sec.gov/rules/interp/2010/33-9106.pdf> (24.10.2013).

⁵⁹⁵ Press Release of the NASDAQ OMX dated November 19, 2012 available at: <http://ir.nasdaqomx.com/releasedetail.cfm?ReleaseID=722289> (24.10.2013).

⁵⁹⁶ Corporate Law Project., U.S. National Report prepared under Mandate of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other

ANNEXES

I. Sections 1502-1504 of the Dodd Frank Act:

[111th Congress Public Law 203]

[From the U.S. Government Printing Office]

[[Page 1375]]

DODD-FRANK WALL STREET REFORM AND CONSUMER PROTECTION ACT

[[Page 124 STAT. 1376]]

Public Law 111-203

111th Congress

An Act

To promote the financial stability of the United States by improving accountability and transparency in the financial system, to end "too big to fail", to protect the American taxpayer by ending bailouts, to protect consumers from abusive financial services practices, and for other purposes. <<NOTE: July 21, 2010 - [H.R. 4173]>>

Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled, <<NOTE: Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.>>
SECTION 1. SHORT TITLE; TABLE OF CONTENTS.

(a) Short <<NOTE: 12 USC 5301 note.>> Title.--This Act may be cited as the "Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act".

[...]

TITLE XV--MISCELLANEOUS PROVISIONS

[...]

SEC. 1502. <<NOTE: 15 USC 78m note.>> CONFLICT MINERALS.

- (a) Sense of Congress on Exploitation and Trade of Conflict Minerals Originating in the Democratic Republic of the Congo.--It is the sense of Congress that the exploitation and trade of conflict minerals originating in the Democratic Republic of the Congo is helping to finance conflict characterized by extreme levels of violence in the eastern Democratic Republic of the Congo, particularly sexual- and gender-based violence, and contributing to an emergency humanitarian situation therein, warranting the provisions of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b).
- (b) Disclosure Relating to Conflict Minerals Originating in the Democratic Republic of the Congo.-Section 13 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m), as amended by this Act, is amended by adding at the end the following new subsection:

Business Enterprises by Weil, Gotshal & Manges LLP, dated August 2010, p. 10, available at: <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corp-law-tools-usa-weil-gotshal-for-ruggie-aug-2010.pdf> (24.10.2013).

“(p) Disclosures Relating to Conflict Minerals Originating in the Democratic Republic of the Congo.--“(1) Regulations.--

“(A) In general.--<<NOTE: Deadlines. Effective date. Reports.>> Not later than 270 days after the date of the enactment of this subsection, the Commission shall promulgate regulations requiring any person described in paragraph (2) to disclose annually, beginning with the person's first full fiscal year that begins after the date of promulgation of such regulations, whether conflict minerals that are necessary as described in paragraph (2)(B), in the year for which such reporting is required, did originate in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country and, in cases in which such conflict minerals did originate in any such country, submit to the Commission a report that includes, with respect to the period covered by the report--

“(i) a description of the measures taken by the person to exercise due diligence on the source and chain of custody of such minerals, which measures shall include an independent private sector audit of such report submitted through the Commission that is conducted in accordance with standards established by the Comptroller General of the United States, in accordance with rules promulgated by the Commission, in consultation with the Secretary of State; and

[[Page 124 STAT. 2214]]

“(ii) a description of the products manufactured or contracted to be manufactured that are not DRC conflict free (‘DRC conflict free’ is defined to mean the products that do not contain minerals that directly or indirectly finance or benefit armed groups in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country), the entity that conducted the independent private sector audit in accordance with clause (i), the facilities used to process the conflict minerals, the country of origin of the conflict minerals, and the efforts to determine the mine or location of origin with the greatest possible specificity.

“(B) Certification.--The person submitting a report under subparagraph (A) shall certify the audit described in clause (i) of such subparagraph that is included in such report. Such a certified audit shall constitute a critical component of due diligence in establishing the source and chain of custody of such minerals.

“(C) Unreliable determination.--If a report required to be submitted by a person under subparagraph

(A) relies on a determination of an independent private sector audit, as described under subparagraph (A)(i), or other due diligence processes previously determined by the Commission to be unreliable, the report shall not satisfy the requirements of the regulations promulgated under subparagraph (A)(i).

“(D) DRC conflict free.--For purposes of this paragraph, a product may be labeled as ‘DRC conflict free’ if the product does not contain conflict minerals that directly or indirectly finance or benefit armed groups in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

“(E) Information available to the public.--

<<NOTE: Web posting.>> Each person described under paragraph (2) shall make available to the public on the Internet website of such person the information disclosed by such person under subparagraph (A).

“(2) Person described.--A person is described in this paragraph if--

“(A) the person is required to file reports with the Commission pursuant to paragraph (1)(A); and

“(B) conflict minerals are necessary to the functionality or production of a product manufactured by such person.

“(3) Revisions and waivers.--

<<NOTE: President. Determination.>> The Commission shall revise or temporarily waive the requirements described in paragraph (1) if the President transmits to the Commission a determination that--

“(A) such revision or waiver is in the national security interest of the United States and the President includes the reasons therefor; and

“(B) <<NOTE: Publication.>> establishes a date, not later than 2 years after the initial publication of such exemption, on which such exemption shall expire.

“(4) Termination of disclosure requirements.--

<<NOTE: President. Determination. Certification.>> The requirements of paragraph (1) shall terminate on the date on which the President determines and certifies to the appropriate congressional committees, but in no case earlier than

[[Page 124 STAT. 2215]]

the date that is one day after the end of the 5-year period beginning on the date of the enactment of this subsection, that no armed groups continue to be directly involved and benefitting from commercial activity involving conflict minerals.

“(5) Definitions.--For purposes of this subsection, the terms ‘adjoining country’, ‘appropriate congressional committees’, ‘armed group’, and ‘conflict mineral’ have the meaning given those terms under section 1502 of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act.”.

(c) Strategy and Map to Address Linkages Between Conflict Minerals and Armed Groups.--

(1) Strategy.--

(A) In general.—

<<NOTE: Deadline.>> Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of State, in consultation with the Administrator of the United States Agency for International Development, shall submit to the appropriate congressional committees a strategy to address the linkages between human rights abuses, armed groups, mining of conflict minerals, and commercial products.

(B) Contents.--The strategy required by subparagraph

(A) shall include the following:

(i) A plan to promote peace and security in the Democratic Republic of the Congo by supporting efforts of the Government of the Democratic Republic of the Congo, including the Ministry of Mines and other relevant agencies, adjoining countries, and the international community, in particular the United Nations Group of Experts on the Democratic Republic of Congo, to--

(I) monitor and stop commercial activities involving the natural resources of the Democratic Republic of the Congo that contribute to the activities of armed groups and human rights violations in the Democratic Republic of the Congo; and (II) develop stronger governance and economic institutions that can facilitate and improve transparency in the cross-border trade involving the natural resources of the Democratic Republic of the Congo to reduce exploitation by armed groups and promote local and regional development.

(ii) A plan to provide guidance to commercial entities seeking to exercise due diligence on and formalize the origin and chain of custody of conflict minerals used in their products and on their suppliers to ensure that conflict minerals used in the products of such suppliers do not directly or indirectly finance armed conflict or result in labor or human rights violations.

(iii) A description of punitive measures that could be taken against individuals or entities whose commercial activities are supporting armed groups and human rights violations in the Democratic Republic of the Congo.

(2) Map.--

(A) In general.—

<<NOTE: Deadline.>> Not later than 180 days after the date of the enactment of this Act, the Secretary of State shall, in accordance with the recommendation of the United

[[Page 124 STAT. 2216]]

Nations Group of Experts on the Democratic Republic of the Congo in their December 2008 report--

(i) produce a map of mineral-rich zones, trade routes, and areas under the control of armed groups in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries based on data from multiple sources, including--

(I) the United Nations Group of Experts on the Democratic Republic of the Congo;

(II) the Government of the Democratic Republic of the Congo, the governments of adjoining countries, and the governments of other Member States of the United Nations; and

(III) local and international nongovernmental organizations;(ii) <<NOTE: Public information.>> make such map available to the public; and

(iii) provide to the appropriate congressional committees an explanatory note describing the sources of information from which such map is based and the identification, where possible, of the armed groups or other forces in control of the mines depicted.

(B) Designation.--The map required under subparagraph (A) shall be known as the "Conflict Minerals Map", and mines located in areas under the control of armed groups in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries, as depicted on such Conflict Minerals Map, shall be known as "Conflict Zone Mines".

(C) Updates.-- <<NOTE: Deadline.>> The Secretary of State shall update the map required under subparagraph

(A) not less frequently than once every 180 days until the date on which the disclosure requirements under paragraph (1) of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b), terminate in accordance with the provisions of paragraph (4) of such section 13(p). (D) Publication in federal register.--The Secretary of State shall add minerals to the list of minerals in the definition of conflict minerals under section 1502, as appropriate.

<<NOTE: Notice. Deadline.>> The Secretary shall publish in the Federal Register notice of intent to declare a mineral as a conflict mineral included in such definition not later than one year before such declaration.

(d) Reports.—

(1) Baseline report.--Not later than 1 year after the date of the enactment of this Act and annually thereafter until the termination of the disclosure requirements under section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, the Comptroller General of the United States shall submit to appropriate congressional committees a report that includes an assessment of the rate of sexual- and gender-based violence in war-torn areas of the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries.

(2) Regular report on effectiveness.--Not later than 2 years after the date of the enactment of this Act and annually thereafter, the Comptroller General of the United States shall submit to the appropriate congressional committees a report that includes the following:

[[Page 124 STAT. 2217]]

(A) An assessment of the effectiveness of section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b), in promoting peace and security in the Democratic Republic of the Congo and adjoining countries.

- (B) A description of issues encountered by the Securities and Exchange Commission in carrying out the provisions of such section 13(p).
- (C)(i) A general review of persons described in clause (ii) and whether information is publicly available about--
- (I) the use of conflict minerals by such persons; and
 - (II) whether such conflict minerals originate from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.
- (ii) A person is described in this clause if--
- (I) the person is not required to file reports with the Securities and Exchange Commission pursuant to section 13(p)(1)(A) of the Securities Exchange Act of 1934, as added by subsection (b); and
 - (II) conflict minerals are necessary to the functionality or production of a product manufactured by such person.
- (3) Report on private sector auditing.--Not later than 30 months after the date of the enactment of this Act, and annually thereafter, the Secretary of Commerce shall submit to the appropriate congressional committees a report that includes the following:
- (A) An assessment of the accuracy of the independent private sector audits and other due diligence processes described under section 13(p) of the Securities Exchange Act of 1934.
 - (B) Recommendations for the processes used to carry out such audits, including ways to--
 - (i) improve the accuracy of such audits; and
 - (ii) establish standards of best practices.
 - (C) A listing of all known conflict mineral processing facilities worldwide.
- (e) Definitions.--For purposes of this section:
- (1) Adjoining country.--The term "adjoining country", with respect to the Democratic Republic of the Congo, means a country that shares an internationally recognized border with the Democratic Republic of the Congo.
 - (2) Appropriate congressional committees.--The term "appropriate congressional committees" means--
 - (A) the Committee on Appropriations, the Committee on Foreign Affairs, the Committee on Ways and Means, and the Committee on Financial Services of the House of Representatives; and
 - (B) the Committee on Appropriations, the Committee on Foreign Relations, the Committee on Finance, and the Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs of the Senate.
 - (3) Armed group.--The term "armed group" means an armed group that is identified as perpetrators of serious human rights abuses in the annual Country Reports on Human Rights Practices under sections 116(d) and 502B(b) of the Foreign Assistance Act of 1961 (22 U.S.C. 2151n(d) and 2304(b)) relating [[Page 124 STAT. 2218]] to the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.
 - (4) Conflict mineral.--The term "conflict mineral" means--
 - (A) columbite-tantalite (coltan), cassiterite, gold, wolframite, or their derivatives; or
 - (B) any other mineral or its derivatives determined by the Secretary of State to be financing conflict in the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.
 - (5) Under the control of armed groups.--The term "under the control of armed groups" means areas within the Democratic Republic of the Congo or adjoining countries in which armed groups--
 - (A) physically control mines or force labor of civilians to mine, transport, or sell conflict minerals;
 - (B) tax, extort, or control any part of trade routes for conflict minerals, including the entire trade route from a Conflict Zone Mine to the point of export from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country; or

(C) tax, extort, or control trading facilities, in whole or in part, including the point of export from the Democratic Republic of the Congo or an adjoining country.

SEC. 1503. <<NOTE: 15 USC 78m-2.>> REPORTING REQUIREMENTS REGARDING COAL OR OTHER MINE SAFETY.

(a) Reporting Mine Safety Information.--Each issuer that is required to file reports pursuant to section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m, 78o) and that is an operator, or that has a subsidiary that is an operator, of a coal or other mine shall include, in each periodic report filed with the Commission under the securities laws on or after the date of enactment of this Act, the following information for the time period covered by such report:

- (1) For each coal or other mine of which the issuer or a subsidiary of the issuer is an operator--
 - (A) the total number of violations of mandatory health or safety standards that could significantly and substantially contribute to the cause and effect of a coal or other mine safety or health hazard under section 104 of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977 (30 U.S.C. 814) for which the operator received a citation from the Mine Safety and Health Administration;
 - (B) the total number of orders issued under section 104(b) of such Act (30 U.S.C. 814(b));
 - (C) the total number of citations and orders for unwarrantable failure of the mine operator to comply with mandatory health or safety standards under section 104(d) of such Act (30 U.S.C. 814(d));
 - (D) the total number of flagrant violations under section 110(b)(2) of such Act (30 U.S.C. 820(b)(2));
 - (E) the total number of imminent danger orders issued under section 107(a) of such Act (30 U.S.C. 817(a));
 - (F) the total dollar value of proposed assessments from the Mine Safety and Health Administration under such Act (30 U.S.C. 801 et seq.); and
 - (G) the total number of mining-related fatalities.

[[Page 124 STAT. 2219]]

(2) A list of such coal or other mines, of which the issuer or a subsidiary of the issuer is an operator, that receive written notice from the Mine Safety and Health Administration of--

- (A) a pattern of violations of mandatory health or safety standards that are of such nature as could have significantly and substantially contributed to the cause and effect of coal or other mine health or safety hazards under section 104(e) of such Act (30 U.S.C. 814(e)); or
- (B) the potential to have such a pattern.

(3) Any pending legal action before the Federal Mine Safety and Health Review Commission involving such coal or other mine.

(b) Reporting Shutdowns and Patterns of Violations.-- Beginning <<NOTE: Effective date.>> on and after the date of enactment of this Act, each issuer that is an operator, or that has a subsidiary that is an operator, of a coal or other mine shall file a current report with the Commission on Form 8-K (or any successor form) disclosing the following regarding each coal or other mine of which the issuer or subsidiary is an operator:

- (1) The receipt of an imminent danger order issued under section 107(a) of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977 (30 U.S.C. 817(a)).
- (2) The receipt of written notice from the Mine Safety and Health Administration that the coal or other mine has--

- (A) a pattern of violations of mandatory health or safety standards that are of such nature as could have significantly and substantially contributed to the cause and effect of coal or other mine health or safety hazards under section 104(e) of such Act (30 U.S.C. 814(e)); or
- (B) the potential to have such a pattern.
- (c) Rule of Construction.--Nothing in this section shall be construed to affect any obligation of a person to make a disclosure under any other applicable law in effect before, on, or after the date of enactment of this Act.
- (d) Commission Authority.--
- (1) Enforcement.--A violation by any person of this section, or any rule or regulation of the Commission issued under this section, shall be treated for all purposes in the same manner as a violation of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78a et seq.) or the rules and regulations issued thereunder, consistent with the provisions of this section, and any such person shall be subject to the same penalties, and to the same extent, as for a violation of such Act or the rules or regulations issued thereunder.
- (2) Rules and regulations.--The Commission is authorized to issue such rules or regulations as are necessary or appropriate for the protection of investors and to carry out the purposes of this section.
- (e) Definitions.--In this section--
- (1) the terms "issuer" and "securities laws" have the meaning given the terms in section 3 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78c);
- (2) the term "coal or other mine" means a coal or other mine, as defined in section 3 of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977 (30 U.S.C. 802), that is subject to the provisions of such Act (30 U.S.C. 801 et seq.); and

[[Page 124 STAT. 2220]]

(3) the term "operator" has the meaning given the term in section 3 of the Federal Mine Safety and Health Act of 1977 (30 U.S.C. 802).

(f) Effective Date.--This section shall take effect on the day that is 30 days after the date of enactment of this Act.

SEC. 1504. DISCLOSURE OF PAYMENTS BY RESOURCE EXTRACTION ISSUERS.

Section 13 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78m), as amended by this Act, is amended by adding at the end the following:

"(q) Disclosure of Payments by Resource Extraction Issuers.--

"(1) Definitions.--In this subsection--

"(A) the term 'commercial development of oil, natural gas, or minerals' includes exploration, extraction, processing, export, and other significant actions relating to oil, natural gas, or minerals, or the acquisition of a license for any such activity, as determined by the Commission;

"(B) the term 'foreign government' means a foreign government, a department, agency, or instrumentality of a foreign government, or a company owned by a foreign government, as determined by the Commission;

"(C) the term 'payment'--

"(i) means a payment that is--

"(I) made to further the commercial development of oil, natural gas, or minerals; and

"(II) not de minimis; and

"(ii) includes taxes, royalties, fees (including license fees), production entitlements, bonuses, and other material benefits, that the Commission, consistent with the guidelines of the Extractive Industries Transparency Initiative (to the extent practicable), determines are

part of the commonly recognized revenue stream for the commercial development of oil, natural gas, or minerals;

“(D) the term ‘resource extraction issuer’ means an issuer that--

“(i) is required to file an annual report with the Commission; and

“(ii) engages in the commercial development of oil, natural gas, or minerals;

“(E) the term ‘interactive data format’ means an electronic data format in which pieces of information are identified using an interactive data standard; and

“(F) the term ‘interactive data standard’ means standardized list of electronic tags that mark information included in the annual report of a resource extraction issuer.

“(2) Disclosure.--

“(A) Information required.--

<<NOTE: Deadline. Regulations. Reports.>> Not later than 270 days after the date of enactment of the Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, the Commission shall issue final rules that require each resource extraction issuer to include in an annual report of the resource extraction issuer information relating to any payment made by the resource extraction issuer, a subsidiary of the resource

[[Page 124 STAT. 2221]]

extraction issuer, or an entity under the control of the resource extraction issuer to a foreign government or the Federal Government for the purpose of the commercial development of oil, natural gas, or minerals, including--

“(i) the type and total amount of such payments made for each project of the resource extraction issuer relating to the commercial development of oil, natural gas, or minerals; and

“(ii) the type and total amount of such payments made to each government.

“(B) Consultation in rulemaking.--In issuing rules under subparagraph (A), the Commission may consult with any agency or entity that the Commission determines is relevant.

“(C) Interactive data format.--The rules issued under subparagraph (A) shall require that the information included in the annual report of a resource extraction issuer be submitted in an interactive data format.

“(D) Interactive data standard.--

“(i) In general.--The rules issued under subparagraph (A) shall establish an interactive data standard for the information included in the annual report of a resource extraction issuer. “(ii) Electronic tags.--The interactive data standard shall include electronic tags that identify, for any payments made by a resource extraction issuer to a foreign government or the Federal Government--

“(I) the total amounts of the payments, by category;

“(II) the currency used to make the payments;

“(III) the financial period in which the payments were made;

“(IV) the business segment of the resource extraction issuer that made the payments;

“(V) the government that received the payments, and the country in which the government is located;

“(VI) the project of the resource extraction issuer to which the payments relate; and

“(VII) such other information as the Commission may determine is necessary or appropriate in the public interest or for the protection of investors.

E) International transparency efforts.--To the extent practicable, the rules issued under subparagraph (A) shall support the commitment of the Federal Government to international transparency promotion efforts relating to the commercial development of oil, natural gas, or minerals.

“(F) Effective date.--With respect to each resource extraction issuer, the final rules issued under subparagraph (A) shall take effect on the date on which the resource extraction issuer

is required to submit an annual report relating to the fiscal year of the resource extraction issuer that ends not earlier than 1 year after the date on which the Commission issues final rules under subparagraph (A).

“(3) Public availability of information.--

[[Page 124 STAT. 2222]]

“(A) In general.-- <<NOTE: Web posting.>> To the extent practicable, the Commission shall make available online, to the public, a compilation of the information required to be submitted under the rules issued under paragraph (2)(A).

“(B) Other information.--Nothing in this paragraph shall require the Commission to make available online information other than the information required to be submitted under the rules issued under paragraph (2)(A).

“(4) Authorization of appropriations.--There are authorized to be appropriated to the Commission such sums as may be necessary to carry out this subsection.”.

II. The California Transparency in Supply Chains Act of 2010

Senate Bill No. 657

CHAPTER 556

An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking. [Approved by Governor September 30, 2010. Filed with Secretary of State September 30, 2010.] legislative counsel’s digest SB 657, Steinberg. Human trafficking. The federal Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000 establishes an Interagency Task Force to Monitor and Combat Trafficking, as specified. Existing state law makes human trafficking a crime. Existing state law also allows a victim of human trafficking to bring a civil action for actual damages, compensatory damages, punitive damages, injunctive relief, any combination of those, or any other appropriate relief. Existing law generally regulates various business activities and practices, including those of retail sellers and manufacturers of products. This bill would enact the California Transparency in Supply Chains Act of 2010, and would, beginning January 1, 2012, require retail sellers and manufacturers doing business in the state to disclose their efforts to eradicate slavery and human trafficking from their direct supply chains for tangible goods offered for sale, as specified. That provision would not apply to a retail seller or manufacturer having less than \$100,000,000 in annual worldwide gross receipts. The bill would also make a specified statement of legislative intent regarding slavery and human trafficking. The bill would also require the Franchise Tax Board to make available to the Attorney General a list of retail sellers and manufacturers required to disclose efforts to eradicate slavery and human trafficking pursuant to that provision, as specified. The people of the State of California do enact as follows: SECTION 1. This act shall be known, and may be cited, as the California Transparency in Supply Chains Act of 2010. SEC. 2. The Legislature finds and declares the following:

- (a) Slavery and human trafficking are crimes under state, federal, and international law.
- (b) Slavery and human trafficking exist in every country, including the United States, and the State of California.

I. SINGAPUR⁵⁹⁷

1. Overview

Singapore does not incorporate any of the UN-Principles on Business and Human Rights into domestic law. There are however broader duties on directors to act honestly in the interests of the company, as well as reporting requirements on public companies in connection with corporate social responsibility. Human rights concerns must therefore be taken into account if they are relevant to the business.

The Companies Act, which regulates companies, does not contain any specific provisions requiring businesses to have regard to human rights. Directors must nevertheless act honestly and use reasonable diligence in the discharge of their duties, and discretion must be exercised in the interests of the company. Matters which concern the interests of the company are not just confined to shareholders, but could potentially include human rights concerns of others where these are indirectly related to the interests of the company. There are no specific provisions limiting this duty to the domestic activities of a company or preventing consideration of the interests of subsidiaries or associated companies within a group company.

Various proposals for reform of the Companies Act have recently been considered by the Singapore Government as part of review, but none of these concern the relationship between business and society or the environment.

Reporting requirements under the Companies Act predominantly concern financial matters. Public companies additionally have an option to produce a 'summary financial statement' in which their directors must report on any events which would affect the results of operations, and in which the Chairman must provide a statement setting out a 'business review and future developments'. No specific guidance is given on what this might contain however. Public companies listed on Singapore's stock exchange are subject to the Listing Manual, under which they must describe in their annual reports their corporate governance practices, with specific reference to the principles of the Monetary Authority of Singapore's Code of Corporate Governance. They are also under a continuing obligation to disclose any information that may have an effect on the market. Again however, no specific mention is made of social or human rights issues.

No relevant proposals for reform have been made in the field of reporting duties, and a proposal to extend the requirement to produce a business review to all companies as part of annual reporting obligations has recently been rejected by the Singapore Government.

Measures which encourage due diligence in the fields of both human rights and the environment can mainly be found in the form of initiatives addressing corporate social responsibility in general. Guidance is provided to listed public companies on how to report on sustainability matters on a voluntary basis, and companies may also become signatories to the UN Global Compact as well as taking part in the International Standard ISO 26000 which provides guidance on social responsibility.

As to due diligence and reporting requirements on environmental issues, there is no specific duty in companies law on businesses to carry out due diligence, nor to report on the environmental impact of any of their activities.

⁵⁹⁷

Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

Various pieces of environmental legislation concerning pollution control and the protection of nature are underpinned by criminal and civil liability applying to both individuals and corporate bodies, and companies are of course required to act in accordance with their provisions.

Companies and their directors may otherwise only be required to **potentially have regard to environmental issues** and to report on the environmental impact of their company's activities to the extent outlined above in relation to their broader duties to act in the interests of the company and, in the case of public companies, to report on matters affecting the market. These are supported by the broader voluntary mechanisms available to companies to engage in sustainability reporting and to take part in the corporate social responsibility initiatives discussed in this report.

2. Due Diligence and Reporting Requirements in the field of Human Rights

2.1. Duty to carry out a Human Rights Due Diligence

2.1.1. Duty of corporate bodies

a. General Overview

There are **three main forms of business organisation** in Singapore: sole proprietorships, partnerships and companies. As is the case under English law, a company is an incorporated association, which, once formally incorporated, becomes a separate legal person. It may own property in its name and it may incur debts and liabilities on its own behalf, such that the shareholders will not be liable in respect of those debts and liabilities. It may further sue and be sued in its own name.

Companies in Singapore are **governed by the Companies Act (the CA)**.⁵⁹⁸ Company law is largely based on principles established in England over the last century or so. Cases decided in Malaysia, Australia and England do not amount to authorities for Singapore law, but they are highly persuasive. In the absence of guidance from Singaporean courts, such cases may be relied upon to indicate what the law is.

Shareholders (who are usually 'members' of the company) are the owners of the company. As members, they are capable of making decisions in accordance with 'articles of association'. These, along with the memorandum of association, form the company's constitution. Whether or not the members may supervise and override the board of directors depends entirely upon the construction of the articles of association.

Section 157A CA states that the business of the company shall be managed by or under the direction of the directors. The directors may exercise all the powers of a company except any power that the CA or the company's constitution require the company to exercise in general meeting. The members or shareholders who own the company need not necessarily be involved in its management as directors. Such companies are managed by boards of directors in which many of the directors are not members of the company. The directors of the company, together with the company secretary and the managers are collectively referred to as the company's officers.

Under common law, directors are regarded as fiduciaries and therefore owe fiduciary duties to their companies. 'Fiduciary' refers to trust and confidence. A fiduciary is someone who acts for, or on

⁵⁹⁸

Companies Act, available at

<http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=DocId%3Ac3063e4b-61ed-4faf-8014-fabd5b998ed7%20%20Status%3Ainforce%20Depth%3A0;rec=0> (24.10.2013).

behalf of, another person in a relationship of trust and confidence. In the case of a company director, the fiduciary duty is owed to the company only. At the same time, the CA also prescribes certain duties on directors which mirror their general duties under the common law. Section 157(1) CA requires a director to, “*at all times, act honestly and to use reasonable diligence in the discharge of his duties of his office.*” This statutory provision does not purport to be an exhaustive statement of a director’s duties; the section is in addition to and not in derogation of any other rule of law relating to the duty or liability of directors or officers of a company. Accordingly, cases reflecting the common law and equitable rules relating to directors are still relevant.

The word ‘honestly’ covers a range of rules evolved over the last century or so regarding what are classed as directors’ fiduciary duties. Principally, these are as follows:

- That a director must act in what he honestly considers to be the company’s interests, and not in the interests of some other person or body.⁵⁹⁹
- That a director must not place himself in a position where his duty to the company and his personal interests may conflict;
- That a director must employ the powers and assets that he is entrusted with for the proper purposes, and not for any collateral purpose.

The use of reasonable diligence in the discharge of his duties of office is an aspect of the director’s duty not to be negligent in the discharge of his functions.

Directors must exercise their discretion bona fide in what they consider – not what a court may consider – is in the interests of the company.⁶⁰⁰ The overriding factor that must be considered when directors exercise their powers is the interest of the company. Directors may be in breach of their fiduciary duties to the company even if they are not morally in the wrong. The breach lies in ignoring the company’s interests, not in the moral wrongdoing.⁶⁰¹

The collective interest of the members of the company can in some cases be equated with the interest of the company. Various cases have ruled that this includes directors considering the interests of the employees, creditors and shareholders.⁶⁰² The CA specifically refers to the interests of the company’s employees as one of the “*matters the directors of a company are entitled to have regard to in exercising their powers.*”⁶⁰³ This is said to constitute recognition that decision-making that benefits employees generally advances the interests of the company as a commercial entity.

b. *The duty to take into account impact of corporate activities on Human Rights (due diligence)*

There is however no specific legal or regulatory duty in Singapore for any officer of a company to analyse how the activities of a company affect human rights.

The only extent to which the directors of companies must take into regard the impact of corporate activities on human rights, is that a company, as a legal person, must respect the different domestic statutes that may contain provisions aimed at protecting specific interests or persons. This is, most

⁵⁹⁹ *Chua Boon Chin v. JM McCormack* [1978-1979] SLR 496 at 500.

⁶⁰⁰ *Re Smith & Fawcett Ltd* [1942] Ch 204 at 306, CA (Eng), per Lord Greene MR.

⁶⁰¹ See for example *Rajabali Jumabhoy v. Ameerli R Jumabhoy* [1997] 3 SLR 802.

⁶⁰² *Walker v. Wimborne* (1976) 137 CLR1, *West Mercia Safetywear Ltd (in liq.) v. Dodd* [1988] BCLC 250 (Eng).

⁶⁰³ Section 159(a) CA.

notably, legislation which has incorporated international treaties into the Singapore legal system and other domestic legislation which can be said to protective of human rights.

Domestic laws incorporating international treaties include, for example, the Women's Charter, amended in order to incorporate the Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others,⁶⁰⁴ legislation reflecting Singapore's international obligations arising out of the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women⁶⁰⁵ and the Convention the Rights of the Child.⁶⁰⁶ Domestic legislation arguably protective of human rights includes the Employment Act (covering non-discrimination and the prohibition of employment of children etc.), the Women's Charter, the Penal Code (prohibition of slavery and forced labour, sanctions in case of genocide).⁶⁰⁷

It should be noted that protections of fundamental rights of the individual,⁶⁰⁸ as provided for in Singapore's Constitution, do not relate to private companies but are aimed at the state. These include the liberty of a person, the prohibition of slavery and forced labour, equal protection, freedom of speech, assembly and association and freedom of religion. The Constitution is the supreme law of Singapore and any law which conflicts with it is void.

Other than ensuring that companies are abiding by national laws aimed at protecting specific interests or persons (as set out above), there are no specific provisions concerning directors and other officers of the company which require them to have any regard for human rights impacts of corporate activities. As discussed above in 2.1.1.a. however, if it is in the company's interests for directors to consider impacts on non-shareholders, including impacts on others affected by the company's operations, they are required under section 157 CA to take them into account.

c. Activities abroad and subsidiaries

There are no specific provisions we are aware of which limits to domestic activities alone those broader duties outlined above which have the potential to compel officers of companies to undertake due diligence with regard to human rights. It may be argued that the principle of territoriality naturally constrains the ability of Singapore authorities to enforce domestic penal and other laws beyond its borders, but where Singapore Courts are found to be competent and Singaporean law is applicable; the principles are the same.⁶⁰⁹ The directors of Singapore-

⁶⁰⁴ Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others, ratified by Singapore 26.10.1966.

⁶⁰⁵ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), ratified by Singapore on 4.11.1995.

⁶⁰⁶ Convention on the Rights of the Child (CRC), ratified by Singapore on 5.10.1995.

⁶⁰⁷ Report by Cotty Vivant Marchisio & Lauzeral to the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises (September 2009) ["SRSRG submission"], paras 1.4-1.8, available at <http://www.business-humanrights.org/media/documents/ruggie/corporate-law-tools-reports-singapore-sep-2009.pdf> (24.10.2013).

⁶⁰⁸ Part IV, Constitution of Singapore, available at <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=1c961483-74d1-41ab-927f-9e4295c1a997;page=0;query=Compld%3Aafadfb638-9566-417c-ae6b-b68384ce5834;rec=0;resUrl=http%3A%2F%2Fstatutes.agc.gov.sg%2Faol%2Fsearch%2Fsummary%2Fresults.w3p%3Bpage%3D0%3Bquery%3DCompld%253Aafadfb638-9566-417c-ae6b-b68384ce5834#P1IV-> (24.10.2013).

⁶⁰⁹ See SRSRG Submission at para 11.3, *op. cit.*

incorporated companies will however, always have fiduciary and other statutory duties, regardless of where the corporate activities are being carried out.

The theoretical rule is that companies within a group are separate legal entities; accordingly, when exercising their directorial powers as directors of one company within the group, the directors are obliged to consider how that company will benefit. In practice however, a business will very often be conducted by a group of companies, and it is **permissible for directors to consider the interests of the group as a whole** when making decisions, as long as they do not sacrifice the interests of any company within the group.⁶¹⁰

2.1.2. Duties of the Company as a whole

There is **no specific legal or regulatory duty** of the company as a whole to analyse if and how its activities have an impact on human rights. As stated in 2.1.1.b. above however, companies, as legal persons,⁶¹¹ must respect domestic legislation which prohibits discrimination, forced labour, genocide and other matters which can be said to relate to the protection of human rights.

2.1.3. Sector Specific Duties

To our knowledge, there are **no specific legislative provisions** referring to duties in connection with specific industries or industrial sectors. The duties of officers referred to above apply to companies across all industrial sectors.

2.1.4. Consequences of the Breach of a Duty

A director or other officer who fails to act honestly or to use reasonable diligence in the discharge of the duties of his office will be **guilty of an offence** for which he will be liable on conviction to a fine of up to \$5,000 or to imprisonment up to one year.⁶¹²

Given that a director owes his duties to the company and not to the members of the company individually, it is only the company which may bring legal proceedings against him for breach of duty. A company may therefore sue a director for compensation in respect of damage arising from his breach of duty.⁶¹³ Notwithstanding this rule, there may be occasions where a member of the company is entitled to bring an action on behalf of the company (a “derivative” action). This is where the member is not suing to enforce any rights that belong to him personally but instead in respect of a wrong done to the company where the wrongdoer is the person who has control of the company and is in a position to prevent a proper action from being brought against him.⁶¹⁴

⁶¹⁰ *Intraco Ltd v. Multi-Pak Singapore Pte Ltd* [1995] 1 SLR 313, CA, approving *Charterbridge Corp Ltd v Lloyds Bank Ltd* [1970] Ch 62 at 74.

⁶¹¹ Reaffirmed, for example, by Section 11, Penal Code.

⁶¹² Section 157(3) CA.

⁶¹³ *Ibid.*

⁶¹⁴ This is a common law action, but sections 216A and 216B of the CA also provide for a statutory derivative action.

It should also be noted that, as is the case under English law, shareholders may have personal remedies against a director and may bring legal action to restrain him from entering into a transaction in breach of their fiduciary duties to the company.⁶¹⁵

2.1.5. Proposals for Reform

In June 2011, the Ministry of Finance published a consultation paper detailing the results of a review of the Companies Act by a designated Steering Committee, representing the first comprehensive review of the Companies Act since 1999.⁶¹⁶ This does not contain any specific proposals for reform of the CA insofar as human rights due diligence is concerned.

The only proposals identified which may be considered relevant to the commentary above are the following: to require that the business and affairs of a company not just be managed by the board of directors of the company, but also that they fall under the 'direction' or 'supervision' of the board of the company; to exhaustively codify directors' duties; to decriminalise breach of directors' duties under section 157 CA; and finally, to extend to chief executive officers, directors' duties to act honestly and to use reasonable diligence.

The Steering Committee's final recommendation in relation to the proposal to add 'supervision' and 'direction' to the board's duties with regard to the business and affairs of a company is that these duties also be added to section 157A CA. This was said to be in recognition of the fact that the board of directors, particularly in larger and listed companies, plays a supervisory role rather than managing the company. This, it says would better reflect the powers and responsibilities of the board of directors.

Proposals to codify directors' fiduciary duties in statute, much in the same way as it is done in the United Kingdom, were considered, but rejected as a proposal. While acknowledging that codification may enhance the certainty and accessibility of duties, it was felt that the UK and Singapore legislation was not directly comparable, and that much-needed flexibility of the common law system could be compromised by such codification.

Despite identifying that most other Commonwealth countries do not subject directors to criminal liability as a consequence of breaching their fiduciary duties, the Steering Committee agreed with the majority of respondents to the consultation that criminal liability serves as a useful deterrent. Accordingly, this proposal to decriminalise a breach of duties is also rejected, and the status quo is to be preserved.

The duty to act honestly and to use reasonable diligence under section 157(1) CA does not presently apply to Chief Executive Officers (CEOs) – those in charge of the management of companies. The Steering Committee recommended that this duty be extended to Chief Executive Officers – even if they are not directors – because they are at the "*apex of management*".⁶¹⁷

⁶¹⁵ See section 216(1) CA which provides that a member may apply to the court for an order that the affairs of the company are being conducted in a manner oppressive to one or more of the members, or in disregard of their interests.

⁶¹⁶ Ministry of Finance, Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act, Consultation Paper (June 2011), available at <http://app.mof.gov.sg/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=a4QlwPmGG4> (29.04.2013).

⁶¹⁷ *Ibid*, para. 145.

This last recommendation, however, was **not accepted by the Ministry of Finance** which felt that it would not be timely to extend statutory duties to CEOs now. Each of the other recommendations of the Steering Committee referred to above were accepted by the Ministry of Finance, and it plans to table an amendment Bill in Parliament to implement the changes by the end of 2013.⁶¹⁸

2.2. Duty to Report on the Human Rights Impact of Activities Abroad

2.2.1. Duty of Corporate Bodies

There is **no specific duty on corporate bodies to report on the human rights impact of any of their activities.**⁶¹⁹

Every company must however lodge an ‘annual return’ with Singapore’s Registrar⁶²⁰ stating the matters prescribed by the CA, such as details concerning the company’s shares and who its officers are.⁶²¹ A company with a share capital⁶²² must attach to the annual return a copy of its last audited balance sheet and profit and loss account, unless it is an exempt private company.⁶²³

These accounts – which, in the first instance, need only be shared with a company’s members – must be accompanied by, among other things, a **directors’ report**, reporting on the profit and loss of the company and the state of its affairs as at the end of the financial year.⁶²⁴ The CA stipulates that such report must also contain, “*such additional information as the Minister [of Finance] may prescribe,*” this being information which the Minister considers necessary to facilitate an understanding by members of the company of the business of the company. It goes on to clarify that such additional information need not relate to the profit or loss or the state of affairs of the company. We are not aware of any other legislation in which the Minister has actually prescribed such additional information for private companies.

For **public companies** however, the CA provides that instead of producing the various accounting documentation required, a ‘**summary financial statement**’ may, subject to the fulfillment of certain conditions, be prepared. This must nevertheless still include a directors’ report.⁶²⁵ The Companies

⁶¹⁸ See Ministry of Finance response to Steering Committee recommendations in Ministry of Finance’s Responses to the Report of the Steering Committee for Review of the Companies Act (3.10.2012) available at <http://app.mof.gov.sg/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=wtvmRrgQT4> (30.04.2013).

⁶¹⁹ Note that the Accounting Standards Council, an agency of the Singapore Government, is charged with prescribing accounting standards for companies, with ‘financial reporting standards’ largely based on international accounting standards issued by the International Accounting Standards Board. Web access to the standards is not provided outside of Singapore, but these standards, to our knowledge, concern financial measures and indicators only.

⁶²⁰ ‘Registrar’ means the Registrar of Companies, being an officer of the Monetary Authority of Singapore, appointed by the Minister of Finance in accordance with section 8 CA.

⁶²¹ Section 197 CA. Schedule 8 CA prescribes that an annual return contain various particulars principally about the shareholdings in the company and details about the company’s identity.

⁶²² A company may, according to section 17(2) CA, be a company ‘limited by shares’, ‘limited by guarantee’ or ‘unlimited’. Most companies are limited by shares, with shareholders holding respective shares; companies limited by guarantee have no shareholders but instead simply have ‘members’.

⁶²³ A private company that is wholly owned by the government may be declared to be an exempt private company by the Ministry of Finance if the national interest requires it.

⁶²⁴ Section 201(5) CA.

⁶²⁵ Section 203A CA.

(Summary Financial Statement) Regulations prescribes the form and content of such a directors' report, and specifies that it must include:

"a statement of whether any event, item, transaction arose during or after the financial year which would affect the results of the operations, render any item misleading, or affect the ability of the company or group in meeting its obligations."⁶²⁶

This may therefore potentially include information on human rights issues affected by corporate activities.

A public company must also provide additional information as part of the summary financial statement, including a Chairman's Statement which sets out a 'business review and future developments'.⁶²⁷ There is however no equivalent requirement in the standard legislative provisions requiring the filing of accounts or reports accompanying the accounts. Therefore, private companies and public companies which choose not to produce a summary financial statement are under no duty to provide such statements.

Public companies listed on Singapore's Stock Exchange are further required under the 'Listing Manual' to describe in their annual reports their corporate governance practices with specific reference to the principles of the Code of Corporate Governance, as well as to disclose and explain any deviation from it.⁶²⁸ Although there is, again, no specific reference in the Code of Corporate Governance to human rights, it does emphasise that it is one of the roles of the Board to, "consider sustainability issues, e.g., environmental and social factors, as part of its strategic formulation."⁶²⁹

The Listing Manual further places a continuing obligation on listed companies to immediately disclose information that may have an effect on the market, including information relating to their activities affecting non-shareholders.⁶³⁰ Again, this can potentially include human rights issues.

Reporting obligations under the CA and the Listing Rules make no distinction between information relating to activities abroad and those in Singapore. There is furthermore a requirement on a holding company to produce consolidated accounts where companies form part of a group, and for the directors of the holding company to report on the affairs of the group in the accompanying directors' report.⁶³¹ The provision of the Listing Manual requiring the disclosure of information that may have an effect on the market requires the holding company to issue such information which concerns both it and/or any of its subsidiaries or associated companies.⁶³²

⁶²⁶ Part C, First Schedule, Companies (Summary Financial Statement) Regulations, available at <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p?page=0;query=ld%3A%22791659a7-e644-484b-8f0f-66df240d79d3%22%20Status%3Ainforce;rec=0#Sc1> (24.10.2013).

⁶²⁷ Section 7 and Part A, Second Schedule, Companies (Summary Financial Statement) Regulations, *ibid.*

⁶²⁸ Also known as the 'comply or explain' principle. Singapore Exchange, Mainboard Rules, Chapter 7, Part III, Rule 710, available at http://rulebook.sgx.com/en/display/display_main.html?rbid=3271&element_id=5079 (24.10.2013).

⁶²⁹ Monetary Authority of Singapore, Para 1.1(f) Code of Corporate Governance, 2 May 2012, available at http://www.mas.gov.sg/~media/resource/fin_development/corporate_governance/cgcrevisedcodeofcorporategovernance2may2012.ashx (24.10.2013).

⁶³⁰ Singapore Exchange, Mainboard Rules, Chapter 7, Part II, Rule 703, *op. cit.*

⁶³¹ Section 201(6A) CA.

⁶³² Singapore Exchange, Mainboard Rules, Chapter 7, Part II, Rule 703, *op. cit.*

2.2.2. Access to the Report and Review

Under section 12(2) CA, **any person may, on payment of a prescribed fee, inspect any document** filed or lodged with the Registrar of Companies, including annual returns and associated documents submitted by companies. As explained above, although accounting records are prepared for inspection by directors and, on request, by members, they must be attached to the annual return – a document generally available for inspection by the general public.

Company reports and financial statements must be audited by an independent auditor.⁶³³ Listed companies are additionally required by the Code of Corporate Governance to have an Audit Committee predominantly comprised of independent directors, whose role it is to review the scope, result and cost effectiveness of audits and the independence and objectivity of external auditors.⁶³⁴

2.2.3. Consequences of failure to comply with reporting requirements

A failure to lodge an annual return in the prescribed form can result in every officer of the company who is in default being **criminally liable**. The penalty is a fine of up to \$5,000, as well as a 'default penalty'.⁶³⁵ Penalties for submitting false or incorrect accounts are more serious, and can amount to up to \$50,000. Where such an offence is committed with intent to defraud creditors of the company or others, the penalty can be as much as \$100,000 and attract a prison sentence of up to 3 years.⁶³⁶

A director can also of course be held to have **breached his fiduciary duty** towards the company if he has caused the company accounts to be misstated. This can result in civil action by the company, as well as criminal liability (as discussed in section 2.1.4 above).

2.2.4. Proposals for Reform

In October 2012, the Ministry of Finance considered two proposals put forward by the Steering Committee in their Review of the CA (see 2.1.5 above) which had the potential to impact on the reporting requirements for companies.

The first proposal was to introduce a requirement on all Singapore businesses (and not just public companies choosing to produce a summary financial statement – see 2.2.3 above) to prepare a **business review statement** as part of its annual reporting requirements; this followed an examination of the UK's requirement on certain companies to include a **business review** in their annual directors' report (which for UK listed companies includes a requirement to provide information on employees and social and community issues).⁶³⁷ However, this proposal was **not carried forward** by the Steering Committee, and the Ministry of Finance ultimately rejected the idea.⁶³⁸

The second proposal, this time accepted by the Ministry of Finance, is to **abolish the requirement for a directors' report**. The Ministry of Finance agreed with the Steering Committee that disclosures in the directors' report could be made elsewhere, e.g., in the accounts, notes to the accounts or the

⁶³³ Section 207 CA.

⁶³⁴ Principle 12 of Code of Corporate Governance, *op. cit.*

⁶³⁵ Section 197(7) CA.

⁶³⁶ Section 204 CA.

⁶³⁷ In accordance with section 417 of the UK's Companies Act 2006.

⁶³⁸ See page 80-81 of Ministry of Finance response to Steering Committee recommendations, *op. cit.*

statement by the directors as required under section 201(15) CA.⁶³⁹ The abolition of this requirement will be introduced in due course.

2.3. Supporting Measures

2.3.1. Incorporation and Listing Requirements

There are no requirements of incorporation which require companies to have regard to social issues or human rights. Listed public companies are subject to reporting requirements (discussed in section 2.2.1 above) which may potentially include information on human rights issues, but there is no mandatory requirement, even on listed companies, to engage in sustainability reporting.

The 'Mainboard Rules' of the Singapore stock exchange include a 'Guide to Sustainability Reporting for Listed Companies' which includes a policy statement on sustainability reporting and which offers guidelines to listed companies on how they may voluntarily report on sustainability issues. This encourages all listed companies to consider sustainability reporting as an integral part of good corporate governance, and sets out why sustainability reporting is particularly relevant to listed companies in particular sectors, such as agriculture, air transport and mining.⁶⁴⁰ No specific reference to human rights is made however.

2.3.3. Other Governmental Measures to Promote Human Rights Due Diligence or Reporting

The Accounting and Corporate Regulatory Authority is the national regulator of business entities and public accountants in Singapore, and as part of its role, must promote public awareness about corporate governance practice. It has produced a **Guidebook for Directors** entitled 'ACRA & I: Being an Effective Director'⁶⁴¹ in which it highlights to businesses the importance of corporate social responsibility and how directors should ensure their companies adopt socially responsible practices. Community engagement, it says, "*entails respecting and observing fundamental human rights in all aspects of operations.*"

2.3.4. Overview on Labels or other Voluntary Initiatives

As is the case in many countries, Singapore companies can become signatories to the **UN Global Compact (UNGC)**.⁶⁴² This sets out guidance principles in four areas, including human rights and the environment. The **Singapore Compact for Corporate Social Responsibility (CSR)**⁶⁴³ is a national society, launched in 2005, to advance the CSR movement in Singapore. It also provides the focal point of the UNGC.

The **International Standard ISO 26000**, known to be recognised by some Singapore companies, is a non-certifiable standard guide, detailing areas of social responsibility and steps to achieve it.

⁶³⁹ See page 81 of Ministry of Finance response to Steering Committee recommendations, *op. cit.* Section 201(15) CA only requires disclosures in connection with financial accounting matters.

⁶⁴⁰ Singapore Exchange, Guide to Sustainability Reporting for Listed Companies, available at http://rulebook.sgx.com/en/display/display_viewall.html?rbid=3271&element_id=5863 (24.10.2013).

⁶⁴¹ Accounting and Corporate Regulation Authority, ACRA & I: Being an Effective Director, available at <http://www.acra.gov.sg/Publications/Guidebook+for+Directors.htm> (24.10.2013).

⁶⁴² United Nations Global Compact, website available at <http://www.unglobalcompact.org/> (24.10.2013).

⁶⁴³ Singapore Compact for Corporate Social Responsibility, website available at <http://www.crsingapore.org> (24.10.2013).

A further initiative known to be embraced by some Singapore companies is the **Global Reporting Initiative**,⁶⁴⁴ which provides a Sustainability Reporting Framework, available for download for free, offering a useful tool to organisations to structure their sustainability reports.

3. Due Diligence and Reporting Requirements on Environmental Issues

3.1. Duty to Carry out Due Diligence in Environmental Matters

With virtually no natural resources, the environmental issues faced by Singapore are those typical of a highly urbanised city. Problems relating to mining, forestry, large scale agriculture and indigenous peoples, for example, are non-existent. Environmental legislation therefore principally focuses on pollution control and the protection of nature areas.

Domestic laws protecting the environment are diverse and spread across many Acts, although many laws relating to environmental pollution control and resource conservation were consolidated under the **Environmental Protection and Management Act (EPMA)**, originally enacted in 1999.⁶⁴⁵ This, and other legislation places obligations on businesses and business managers to abide by rules and regulations concerning a broad range of environmental matters, such as water pollution, land pollution, hazardous substances, air pollution, energy conservation.⁶⁴⁶ These are enforced through a variety of civil and criminal offences applying to both individuals and bodies corporate. The EPMA, for example, provides for joint criminal liability of bodies corporate and officers where offences committed by a body corporate have been committed with the consent or connivance of an officer, or where they can be attributable to any act or default on their part.⁶⁴⁷

Singapore companies legislation, however, contains **no specific duty to carry out due diligence** in relation to environmental matters. Other than respecting the various environmental rules set out in legislation, the only possible duty which directors must have regard to the environmental impact of corporate activities is through their general fiduciary duties under common law and in accordance with section 157 CA (discussed in detail in section 2.1.1 above).

There are no known projects or proposals for reform.

⁶⁴⁴ Global Reporting Initiative, website available at <https://www.globalreporting.org/Pages/default.aspx> (24.10.2013).

⁶⁴⁵ Environmental Protection and Management Act, available at <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=618c56d2-0e11-4e2d-95f9-018e9242a0f5;page=0;query=DocId%3A7cc1971c-6237-4f5a-a75c-dd378fc80179%20Depth%3A0%20ValidTime%3A01%2F07%2F2012%20TransactionTime%3A31%2F12%2F2002%20Status%3Ainforce;rec=0> (24.10.2013).

⁶⁴⁶ A detailed list of the subject matters of the various consolidated regulations can be found as a Schedule to the EPMA at <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=55139c27-6b81-4a18-8d26-49949d2464b5;page=0;query=DocId%3A7cc1971c-6237-4f5a-a75c-dd378fc80179%20Depth%3A0%20ValidTime%3A01%2F07%2F2012%20TransactionTime%3A31%2F12%2F2002%20Status%3Ainforce;rec=0#Sc3> (24.10.2013).

⁶⁴⁷ Section 71 EPMA.

3.2. Reporting Duties on Environmental Issues

There is no specific duty on corporate bodies to report on the environmental impact of any of their activities.

The duty to report, both under legislation and under listing rules for public companies, on any issues (potentially including environmental and/or human rights matters) which may have an impact on company performance are discussed in detail in section 2.2 above.

Insofar as listing requirements are concerned, regard for the environment, as with human rights, falls under the broader category of corporate governance or corporate social responsibility. The Code of Corporate Governance, to which public companies listed on Singapore's Stock Exchange must, according to the Listing Manual, have regard when describing their corporate governance practices in their annual reports, does make reference to 'environmental factors' as a consideration (see 2.2.1 above) for Boards of directors in the conduct of their company's affairs. No further clarification is provided however, and this does not amount to a specific duty to conduct environmental due diligence.

3.3 Supporting Measures

All supporting measures referred to in section 2.3 above also include regard for the environment. Sustainability reporting and corporate social responsibility activities in Singapore continue to take place on a voluntary basis; this includes in connection with environmental matters.⁶⁴⁸

⁶⁴⁸

For statistics on the sustainability reporting of Singapore listed companies, see Singapore Compact, Sustainability Reporting in Singapore, Non-Financial Reporting Among Mainboard Listed Companies in Singapore: A View of the Sustainability Reporting Landscape in 2010-2011, available at <http://www.csrsgapore.org/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=NXk5tXJ5aY> (02.05.2013).

J. CHINA⁶⁴⁹

1. Übersicht und Hintergrund

Die Volksrepublik China (VRCh) hat verfassungs- und verwaltungsrechtlich, weitgehend auch strafrechtlich gesehen ein marxistisch-leninistisches und zivilrechtlich gesehen ein europäisch-kontinentales Rechtssystem.⁶⁵⁰ Die Menschenrechtstheorie ist sino-marxistisch⁶⁵¹ konzipiert, was konkrete Menschenrechtsbelange angeht, so stützt sich die VRCh in starkem Masse auf UNO-Dokumente.⁶⁵² Als am 16. Juni 2011 die UNO Leitlinien zu Wirtschaft und Menschenrechten vom Menschenrechtsrat einstimmig („without a vote“)⁶⁵³ angenommen wurden, war die VR China ein Mitglied des Menschenrechtsrates.⁶⁵⁴ Während dem im Menschenrechtsrat durchgeführten „interactive dialogue“ wies TIAN Ni (Volksrepublik China) darauf hin, dass die Regierung die sogenannte „Corporate Social Responsibility“ besonders gewichtet habe und entsprechende Richtlinien schon 2008 verabschiedet habe.⁶⁵⁵ Es wurde auch darauf hingewiesen, dass insbesondere zur Lohnsicherung gesetzgeberische Massnahmen nötig seien.⁶⁵⁶ In der Tat ist in der VRCh schon seit langem von „Qiyehui zeren 企业社会责任 (Corporate social responsibility, abgekürzt « CSR ») die Rede.⁶⁵⁷

Auch andere Quellen bestätigen, dass verschiedene regulatorische Behörden in den letzten Jahren einen „body of non-binding materials relating to CSR issues“⁶⁵⁸ entwickelt zu haben scheinen. Dabei lag der Fokus auf Ermutigung und Unterstützung und nicht auf zwingender Verpflichtung zu CSR-

⁶⁴⁹ Erstellt durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung.

⁶⁵⁰ Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, Corporate Law Project Jurisdiction: People's Republic of China (including Hong Kong) Date: September 2009, Executive Summary, 2. Regulatory Framework, Punkt 2.1, verfügbar unter <http://198.170.85.29/Corp-law-tools-China-paper-for-Ruggie-Sep-2009.pdf> (24.10.2013).

⁶⁵¹ Siehe hierzu: Ma-Lie. Sinomarxismus, in: Harro von Senger: *Supraplanung: Unerkannte Denkhorizonte aus dem Reich der Mitte*, München 2008, S. 57 ff.

⁶⁵² Siehe H. von Senger, Die Schweiz, europäische Staaten und die Volksrepublik China im UNO-Menschenrechtsrat, ZSR 130 (2011) I, S. 323-358.

⁶⁵³ Renquan yu kuagou gongsi he qita gong-shang qiye wenti tebie daibiao renquan zu renquan yu guojia gongsi he qita gong-shang qiye wenti tebie daibiao (Der Sonderbeauftragte für Menschenrechte und transnationale Unternehmen sowie andere Wirtschaftsunternehmen), <http://www.ohchr.org/CH/Issues/Business/Pages/SRSGTransCorpIndex.aspx> (24.10.2013).

⁶⁵⁴ Human Rights Council. Information Service. United Nations Office in Geneva: Membership of the Human Rights Council 2010 – 2011.

⁶⁵⁵ People's Republic of China Issues New Guidelines For Foreign Investors' CSR, November 18, 2008, <http://ethisphere.com/peoples-republic-of-china-issues-new-guidelines-for-foreign-investors-csr/>

⁶⁵⁶ Human Rights Council AFTERNOON 30 May 2011: Council holds dialogue with Experts on summary executions, independence of judges and lawyers, transnational corporations, <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11082&LangID=E>. (24.10.2013).

⁶⁵⁷ S. dazu auch Jingchen Zhao, The Harmonious Society, Corporate Social Responsibility and Legal Responses to Ethical Norms in Chinese Company Law, *Journal of Corporate Law Studies* 2012, 163 ff.

⁶⁵⁸ Jurisdiction RPC (siehe oben, Fn. 651), Executive Summary, Punkt 7: Other Issues of Corporate Governance.

Aktivitäten.⁶⁵⁹ Dabei geht es in der Regel um Arbeitsbedingungen, Produkthaftung und Umweltaspekte (s. in letztere Hinsicht Art. 6 des *Environment Protection Law of the People's Republic of China*⁶⁶⁰ und zur Produkthaftpflicht Art. 11 und 16 des *Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests*⁶⁶¹).⁶⁶² Über Aktivitäten im Ausland und Aktivitäten von Tochtergesellschaften scheinen aber kaum Richtlinien zu bestehen.⁶⁶³

Ansätze zur Umsetzung der UNO Leitlinien zu Wirtschaft und Menschenrechten mag man in den von der **China Securities Regulatory Commission (CSRC)**⁶⁶⁴ erlassenen Massnahmen „Measures for the Supervision and Administration of Non-listed Public Companies“ vom 28. September 2012⁶⁶⁵ wahrnehmen, die u.a. auf die Sicherung von „Corporate Governance“ Mechanismen abzielen. In verschiedenen Artikeln mag man Ansätze zur Umsetzung der UNO Leitlinien zu Wirtschaft und Menschenrechten erahnen können, auch wenn nur von „compliance with laws and regulations“ (Art. 11 und 12) allgemein die Regel ist.

⁶⁵⁹ Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises , Corporate Law Project Jurisdiction: People's Republic of China (including Hong Kong) Date: September 2009, verfügbar unter <http://198.170.85.29/Corp-law-tools-China-paper-for-Ruggie-Sep-2009.pdf> (24.10.2013), Setting the Legal Landscape, Punkt 1.4.

⁶⁶⁰ Environmental Protection Law of the People's Republic of China of 26 December 1989, **Article 6**. All units and individuals shall have the obligation to protect the environment and shall have the right to report on or file charges against units or individuals that cause pollution or damage to the environment, <http://www.china.org.cn/english/environment/34356.htm> (24.10.2013).

⁶⁶¹ Law of the People's Republic of China on Protection of Consumer Rights and Interests of 1 January 1994,

Article 11 Consumers suffering from personal injury or property damage resulting from their purchasing or using of commodities or receiving of services shall have the right to demand compensations in accordance with the law.

Art. 16. Article 16

Business operators shall, in their supply of commodities and services to consumers, fulfill their obligations stipulated in the Law of the People's Republic of China on Product Quality and other laws and regulations concerned.

In case an agreement is reached between business operators and consumers, the business operators shall fulfill the obligations agreed upon in the agreement; but the agreement between the two parties shall not contravene the provisions of laws and regulations,

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf> (24.10.2013)

⁶⁶² Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises , Corporate Law Project Jurisdiction: People's Republic of China (including Hong Kong) Date: September 2009, verfügbar unter <http://198.170.85.29/Corp-law-tools-China-paper-for-Ruggie-Sep-2009.pdf> (12.03.2013), Setting the Legal Landscape, Punkt 1.4.

⁶⁶³ Mandate of the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises , Corporate Law Project Jurisdiction: People's Republic of China (including Hong Kong) Date: September 2009, verfügbar unter <http://198.170.85.29/Corp-law-tools-China-paper-for-Ruggie-Sep-2009.pdf> (12.03.2013), Executive Summary, 2. Regulatory Framework, Punkt 2.1.

⁶⁶⁴ Zu dessen Aufgaben etc. siehe: Jurisdiction RPC (siehe Fussnote 3), Regulatory Framework Punkt 4.2. Who are the government corporate/securities regulators and what are their respective powers? Punkt 4.1. und 4.2.

⁶⁶⁵ http://www.csrc.gov.cn/pub/csrc_en/laws/overRule/Decrees/201210/t20121024_216113.htm, http://www.csrc.gov.cn/pub/csrc_en/laws/rfdm/DepartmentRules/201212/t20121204_217604.htm

Die Arbeit des ehemaligen UNO Sonderbeauftragten für Wirtschaft und Menschenrechte, John Ruggie, wird schon in früheren in der Volksrepublik China verbreiteten Aufsätzen erwähnt, wobei dort nicht auf chinesische Firmen eingegangen wird.⁶⁶⁶

In der kurzen Zeitspanne zwischen der Verabschiedung der UNO Leitlinien zur Wirtschaft und Menschenrechte und der Abfassung dieses Gutachtens sind soweit bekannt in der VRCh noch keine gesetzesrechtlichen Verankerungen der entsprechenden Leitlinien zu verzeichnen. Auf akademischer Ebene sind Ansätze in Richtung auf eine Beachtung der Leitlinien in der Rechtsordnung der VR China zu beobachten (s. unten, 2.2.) Von einer ausdrücklich als solche zu bezeichnenden „Umsetzung der UNO Leitlinien zur Wirtschaft und Menschenrechte“ in das Gesetzesrecht der VR China kann derzeit (März 2013), soweit bekannt, nicht gesprochen werden.

2. Menschenrechte

2.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Menschenrechtsbereich

2.1.1. Pflichten der Gesellschaftsorgane

Was die „Due Diligence“ angeht, so mag sich diese in verschiedenen Artikeln des Gesellschaftsgesetzes der VRCh vom 27.10.2005⁶⁶⁷ widerspiegeln, welche einen weitgehenden Arbeitnehmerschutz (inkl. deren Weiterbildung, § 17) vorschreiben oder welche ein Verbot der Schädigung der Interessen der Gesellschaft beinhalten (§ 20 ff.).

Gemäss § 5 Absatz 1 des Gesellschaftsgesetzes der VRCh vom 27.10.2005⁶⁶⁸ hat sich eine „Gesellschaft bei ihrer Geschäftstätigkeit an die Gesetze [zum Beispiel die zahlreichen Rechtserlasse über den Umweltschutz] und Verwaltungsnormen zu halten, die gesellschaftliche und Geschäftsmoral zu wahren, nach Treu und Glauben zu handeln, sich der Überwachung durch die Regierung und die Allgemeinheit zu unterwerfen und gesellschaftliche Verantwortung zu tragen.“ Die Anwendung dieser Grundsätze scheint in der Praxis noch unklar zu sein.⁶⁶⁹

Zur Vermeidung von Risiken ist zudem auf die Bestimmung von Art. 152 des Securities Law hinzuweisen, wonach die regulatorischen Behörden die Absetzung einer Person als Direktor oder Manager verlangen können, der die Gesellschaft fahrlässig bedeutenden Risiken aussetzt⁶⁷⁰.

⁶⁶⁶ Han Bing, wissenschaftlicher Mitarbeiter im Zhongguo Shehui Kexueyuan Shijie Jingji Yu Zhengzhi Yanjiusuo Guoji Touzi Yanjiushi 中国社会科学院世界经济与政治研究所国际投资研究室 (Forschungszimmer für internationale Investitionen des Instituts des Instituts für Weltwirtschaft und – politik der Chinesischen Akademie für Gesellschaftswissenschaften), Peking, in: Jian xi Lianheguo Quanqiu Qiyue zhong de renquan yuanze 简析联合国全球契约中的人权原则 (Einfache Analyse der Menschenrechte im Global Compact der UNO⁶⁶⁶), erschienen in der Beijinger Zeitschrift *Renquan (Menschenrechte)*, 15.3. 2012, verfügbar unter http://www.humanrights.cn/cn/zt/qita/rqzz/2012/1/t20120315_867767.htm.

⁶⁶⁷ Verfügbar in deutscher Übersetzung unter <http://lehrstuhl.iura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm> (12.03.2013).

⁶⁶⁸ Verfügbar in deutscher Übersetzung unter <http://lehrstuhl.iura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm> (12.03.2013).

⁶⁶⁹ Jingchen Zhao, The Harmonious Society, Corporate Social Responsibility and Legal Responses to Ethical Norms in chinese Company Law, *Journals of Corporate Law Studies* 2012 163, S. 184.

⁶⁷⁰ Securities Law of the People's Republic of China of 27 October 2005,

Eine Pflicht zur Untersuchung von Auswirkung der Aktivitäten auf Menschenrechte besteht, soweit bekannt, nicht. Zu Auslandaktivitäten s. unten, 2.1.2.

2.1.2. Pflichten der Gesellschaft

Soweit ersichtlich sind gewisse der oben (2.1.1.) beschriebenen Pflichten auch auf die Gesellschaft anwendbar. Nicht gesetzlich geregelt, aber immerhin von gewissen Autoren diskutiert wird die Problematik der Menschenrechtsverletzungen durch chinesische Firmen im Ausland.⁶⁷¹ Anscheinend kann sich jedoch das Aussenministerium nicht gegen das im politischen System höher platzierte Wirtschaftsministerium durchsetzen, und die im staatlichen Eigentum stehenden Firmen, welche im Ausland tätig sind, stehen unter der bürokratischen Kontrolle der *Assets Supervision and Administration Commission* und sind zum Teil zu stark um sogar vom Finanzministerium kontrolliert zu werden.⁶⁷² Daneben geht es um viele kleine Firmen, die wegen ihrer Zahl und Grösse kaum kontrolliert werden können, auch da sie mit den Botschaften keinen Kontakt unterhalten.⁶⁷³

Es scheint allerdings (mindestens gemäss einer Literaturstimme), dass internationale Standards im Bereich von Wirtschaft und Menschenrechte teilweise durch die Beteiligung von China geschwächt worden ist. So scheint China im Rahmen des *Kimberley Prozesses* (eines Zertifizierungsprozesses zur Vermeidung des Handels mit Konfliktdiamanten) zu einer umstrittenen Entscheidung zum Export von Diamanten aus Zimbabwe beigetragen zu haben, welche gemäss Kritikern dazu beigetragen hat, dass Zimbabwe kaum mehr Anreize zur Verbesserung der Menschenrechtssituation hatte.⁶⁷⁴

Es gibt auch verschiedene chinesische Veröffentlichungen über Menschenrechtsverpflichtungen und über gegen CSR verstossendes Verhalten von chinesischen sich im Ausland betätigenden Unternehmen.⁶⁷⁵

Article 152 Where a director, supervisor or senior management personnel of a securities company fails to perform due diligence and causes the securities company to commit a major violation or be exposed to significant risks, the securities regulatory authorities of the State Council may revoke his/her qualifications and order the company to remove the director, supervisor or senior management personnel, verfügbar unter

http://asianbondsonline.adb.org/china/documents/Securities_Law_of_the_People's_Republic_of_China_as%20amended.txt (24.10.2013), s. auch Corporate Law Project, People's Republic of China (including Hong Kong), zit., Director's Duties, Punkt 9.3.

⁶⁷¹ Sonya Sceats with Shaun Breslin: *China and the International Human Rights System*, Catham House, London, October 2012, S. 43: "There are concerns that China's overseas investment activities are undermining the business and human rights agenda forged in response to the negative impact on human rights, particularly in parts of the developing world, of powerful (mainly Western) transnational corporations. Chinese companies investing abroad pursuant to the 'Go Out' policy have largely operated outside this agenda, including the various innovative standards frameworks it has spawned, and some of their business practices have drawn heavy criticism. Forced evictions associated with Chinese 'land grabs' in Cambodia, and violations of trade union and other labour rights in Chinese-owned mines in Zambia are just two high-profile examples of conduct that has arguably placed host states in violation of their international human rights obligations."

⁶⁷² Sonya Sceats with Shaun Breslin: ebenda.

⁶⁷³ Sonya Sceats with Shaun Breslin: ebenda.

⁶⁷⁴ Sonya Sceats with Shaun Breslin: op.cit., S. 44.

⁶⁷⁵ Lao zi jiu fen bei xuan ran Zhong guo qie ye nü dai waiguo yuangong zhen xiang 劳资纠纷被渲染 中国企业虐待外国员工真相 (Auseinandersetzungen zwischen Arbeitern und Kapitalgebern werden übertrieben dargestellt – Die Wahrheit über Misshandlungen ausländischer Arbeiter und Angestellter durch chinesische Unternehmen), in: *Huanqiu Shibao 环球时报(Global Times)*, 16. 8. 2006, verfügbar

Zur Berücksichtigung der Aktivitäten von Tochtergesellschaften liegen uns keine Informationen vor.

2.1.3. Bestehen von sektoriellen Pflichten

Soweit Auswirkungen von Aktivitäten auf Menschenrechte betroffen sind, bestehen sektorische „Pflichten“ soweit bekannt nicht.

2.1.4. Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht

Da soweit bekannt keine rechtliche „Pflicht“ besteht, können keine Rechtsfolgen der Verletzung einer Pflicht eintreten.

2.1.5. Reformbestrebungen

Reformbestrebungen sind soweit bekannt nicht im Gang.

2.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandsaktivitäten und getroffene Massnahmen

2.2.1. Berichterstattungspflicht von Organen

Auch wenn ein Trend zur Förderung von Berichterstattung über die Umsetzung des Grundsatzes der verantwortungsvollen Unternehmensführung zu bestehen scheint, ist uns von einer eigentlichen Pflicht in diesem Bereich nichts bekannt. Es scheint zudem kaum Hinweise dazu zu geben, wie extraterritoriale Auswirkungen einer Tätigkeit oder wie über die Tätigkeit von Tochtergesellschaften berichtet werden soll.⁶⁷⁶

2.2.2. Berichterstattungspflicht der Gesellschaft

Soweit bekannt besteht hinsichtlich Menschenrechtsauswirkungen keine Berichterstattungspflicht der Gesellschaft.

2.2.3. Zugang und Revision der Rechenschaftsberichte

Da es, soweit bekannt keine Rechenschaftsberichte über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandsaktivitäten und getroffene Massnahmen gibt, erübrigt sich diese Frage. Zur Übersicht kann ganz allgemein ausgeführt werden, dass – soweit sie zuständig ist – die "China Securities Regulatory Commission (CSRC)" Berichte überwacht und diese zugänglich zu machen scheint.⁶⁷⁷

unter <http://www.chinaacc.com/new/184/186/2006/8/va00926161860020-0.htm> (24.10.2013); Wang Xiaojing (Redaktion): Zhonggtuo „zou chu qu“ qiye renquan zeren 《中国“走出去”企业人权责任的履行》 (Menschenrechtliche Verantwortung von chinesischen Unternehmen, die „[ins Ausland] hinausgehen), vom 9.03.2011, verfügbar unter <http://www.studa.net/qiyevanijiu/110309/11202433.html> (24.10.2013); Huang Hongxiang: Zhong Qi pin yu haiwai huanbao kunjing 中企频遇海外环保困境 (Chinesische Unternehmen treffen oft auf Schwierigkeiten mit dem Umweltschutz im Ausland), 8. Juni 2012, verfügbar unter <http://www.chinadialogue.net/article/show/single/ch/4966-in-ecuador-home-truths-for-china> (24.10.2013).

⁶⁷⁶ Jurisdiction RPC (siehe Fussnote 3), Executive Summary, Punkt 5. Reporting.

⁶⁷⁷ Jurisdiction RPC (siehe Fussnote 3), Executive Summary, Punkt 5. Reporting.

2.2.4. Rechtsfolgen bei fehlender Berichterstattung

Da es, soweit bekannt keine Rechenschaftsberichte über Menschenrechtsauswirkungen von Auslandsaktivitäten und getroffene Massnahmen gibt, erübrigt sich diese Frage.

2.2.5. Reformbestrebungen

Es sind uns keine Reformbestrebungen bekannt.

2.3. Unterstützende Massnahmen

2.3.1. Voraussetzungen der Konstituierung und Börseneinführung einer Gesellschaft

Soweit bekannt sind Menschenrechtsbelange keine Voraussetzung für die Konstituierung oder für die Börseneinführung einer Gesellschaft.

2.3.2. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer „Due Diligence“ oder zur Berichterstattung

Zwar scheint das CSR-Reporting durch verschiedene Massnahmen gefördert zu werden (s. oben), doch sind uns keine konkreten Beispiele dazu bekannt.

2.3.3. Überblick über Bestehen allfälliger Nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

Innerhalb der VRCh sind derartige menschenrechtsbezogene Gütesiegel oder andere freiwillige Initiativen soweit bekannt nicht vorhanden.

3. Umweltauswirkungen

Bereits 1990 erschien ein Buch mit dem Titel *Qiyè Shehui Zeren* 企业社会责任 (Die CSR von Unternehmen) aus dem Jahr 1990,⁶⁷⁸ unter anderem mit einem Kapitel über „Die Verantworten von Unternehmen für den Schutz der Umwelt.“ Der Grundsatz der verantwortungsvollen Unternehmensführung umfasste also schon damals auch die Verantwortung gegenüber der Umwelt. *Qiyè Shehui Zeren* verlangt von einem Unternehmen, nicht den Profit als einziges Ziel zu betrachten, sondern auch die Belange der Umwelt und der Gesellschaft gebührend zu berücksichtigen.⁶⁷⁹ Dabei wird neuestens zumindest in der Literatur auch auf die Prinzipien 7, 8 und 9 der UNO Leitlinien für Wirtschaft und Menschenrechte hingewiesen, die sich auf den Umweltschutz beziehen.⁶⁸⁰

3.1. Verpflichtung zum Durchführen einer Due Diligence im Umweltbereich

Im Gesellschaftsgesetz der VRCh⁶⁸¹ ist eine spezifische „Pflicht zur Untersuchung von Auswirkung der Aktivitäten auf die Umwelt“ nicht vorgeschrieben. Aber allgemein ist in Artikel 5 Absatz 1 des

⁶⁷⁸ Erschienen in Haiyang Chubanshe, Beijing 1990.

⁶⁷⁹ *Qiyè shehui zeren* 企业社会责任, <http://baike.baidu.com/view/160938.htm>

⁶⁸⁰ Ebenda.

⁶⁸¹ Siehe oben Seite 13.

Gesellschaftsgesetzes der VRCh vom 27.10.2005 vorgeschrieben,⁶⁸² dass sich eine „Gesellschaft bei ihrer Geschäftstätigkeit an die Gesetze [zum Beispiel die zahlreichen Rechtserlasse über den Umweltschutz] und Verwaltungsnormen zu halten, [dass sie] die gesellschaftliche und Geschäftsmoral zu wahren, nach Treu und Glauben zu handeln, sich der Überwachung durch die Regierung und die Allgemeinheit zu unterwerfen und gesellschaftliche Verantwortung“ zu tragen hat.

3.2. Verpflichtung zur Berichterstattung über Umweltauswirkungen von Auslandsaktivitäten und getroffene Massnahmen

Soweit bekannt besteht eine Pflicht zur Berichterstattung über Umweltauswirkungen weder national noch bezüglich von Tochtergesellschaften und Auslandsaktivitäten.

3.3. Unterstützende Massnahmen

3.3.1. Erstellen eines Berichts als Voraussetzungen für die Konstituierung oder die Börseneinführung

Die Erstellung eines Berichts betreffend Menschenrechte oder Umweltschutz für die Konstituierung oder die Börseneinführung ist soweit bekannt nicht erforderlich.

3.3.2. Weitere staatliche Massnahmen zur Anregung der Durchführung einer „Due Diligence“ oder zur Berichterstattung

Weitere staatliche Massnahmen sind uns trotz der allgemeinen Tendenz zur Förderung von Corporate Social Responsibility nicht bekannt.

3.3.3. Überblick über Bestehen allfälliger Nicht-staatlicher Gütesiegel oder anderer freiwilliger Initiativen

Soweit bekannt gibt es in der VRCh keine derartige Gütesiegel oder andere freiwillige Initiativen.

⁶⁸²

<http://lehrstuhl.iura.uni-goettingen.de/chinarecht/inhalt.htm> (24.10.2013).

Annexe 2

Glossaire

Le texte du postulat comporte plusieurs termes (juridiques) indéterminés («mécanismes de diligence», «droits humains», «activités à l'étranger», «entreprises», etc.). Dans la perspective d'un éventuel projet de loi, il faudrait donner de ces notions des définitions plus précises pour mieux circonscrire le domaine d'application des mesures envisagées et pour garantir la sécurité juridique.

Voici la définition des quelques termes autour desquels est construit le rapport:

1. Entreprise (*Unternehmen*)

Le CO ne donne pas de définition générale de l'entreprise. La notion n'apparaît que dans le droit des raisons de commerce, en relation avec la constitution d'une *entreprise* individuelle (voir titre marginal de l'art. 945 CO) et de son inscription dans le registre du commerce (voir art. 36 ss de l'ordonnance sur le registre du commerce, ORC ; RS 221.411). Une entreprise individuelle existe lorsqu'une personne physique est seule à la tête d'une maison.

Comme le postulat cite seulement les obligations des *conseils d'administration*, on peut supposer que la notion d'«entreprise» vise exclusivement les sociétés anonymes (SA) au sens du droit suisse (art. 620 ss CO). Dans le cas contraire, on pourrait comprendre sous ce terme, au sens le plus large, l'ensemble des personnes physiques, des personnes morales (SA, Sàrl, coopératives, sociétés en commandite par action, éventuellement associations et fondations, SICAV, SICAF) et des sociétés de personnes (sociétés simples, sociétés en commandite, sociétés en nom collectif, sociétés en commandite de placements collectifs). On pourrait aussi restreindre cette définition en exigeant que l'entreprise poursuive un but économique (ou, éventuellement, un but non économique), à quoi pourrait s'ajouter – ou se substituer – l'exigence de faire le commerce, exploiter une fabrique ou exercer en la forme commerciale quelque autre industrie, au sens de l'art. 934, al. 1, CO³¹. Selon l'art. 2, let. b, ORC, l'«entreprise» (*Gewerbe*) est une activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier – elle est en ce sens un terme plus moderne pour désigner l'«industrie» du code des obligations. Ces notions d'«industrie» ou de «commerce» désignent les moyens par lesquels une activité est poursuivie.

Si le champ d'application d'une future norme devait comprendre les entreprises dans ce sens large, il toucherait 500 000 sujets de droit, si l'on se fondait sur le nombre d'entités juridiques inscrites au registre du commerce (les entreprises non inscrites au registre du commerce ne seraient pas concernées).

2. Groupe (suisse) de sociétés (*Konzern*)

En Suisse, les règles sur les groupes de société sont lacunaires. Au sens du droit suisse, un groupe de sociétés est un ensemble de sociétés juridiquement indépendantes et ayant leur siège en Suisse qui disposent d'une direction commune sur le plan économique (par ex. par le biais du contrôle de la totalité ou de la majorité du capital ou des voix ou bien d'une minorité forte permettant d'exercer un contrôle). Il y a obligation d'établir des comptes consolidés même si l'influence dominante de la personne qui contrôle l'entreprise est une simple possi-

³¹

Ces deux éléments de description – poursuivre un but économique ou non économique, exploiter une industrie en la forme commerciale – ne se recouvrent pas : une société poursuit un but économique (par opposition à un but idéal, social ou sportif) si elle vise à obtenir un avantage économique ou appréciable en argent à ses sociétaires.

bilité; en d'autres termes, il n'est pas nécessaire qu'elle exerce effectivement un contrôle («critère du contrôle de l'entreprise»)³². Certes, le droit suisse reconnaît la notion de groupe et les références sont nombreuses³³. Mais cette notion se heurte (i) aux devoirs de diligence (art. 717, al. 1, CO), qui s'appliquent aux intérêts de la société (et non d'un groupe d'entreprises ou d'une société mère) et (ii) aux attributions intransmissibles et inaliénables du conseil d'administration, décrites à l'art. 716a, al. 1, CO³⁴.

3. Activités à l'étranger

Il n'existe pas de définition légale des «activités à l'étranger». Il faudrait délimiter cette notion. On pourrait par exemple y inclure toute activité (économique) d'une SA, d'une entreprise ou d'un groupe de sociétés ayant leur siège en Suisse qui présenterait un lien avec l'étranger, en particulier, par exemple, avec des pays en développement. Mais il serait aussi possible de définir les activités à l'étranger en prenant comme point de départ les «incidences négatives» au sens des principes directeurs de l'OCDE (II. A. 10 et IV. 5) et des principes directeurs de l'ONU (principes opérationnels 17 à 20). La notion d'incidences y «est employée au sens large, englobant tout ce à quoi conduisent ou contribuent substantiellement les activités de l'entreprise et tout ce qui est directement lié à ses activités, produits ou services»³⁵.

4. Droits de l'homme

Dans le contexte du postulat, il est question du respect des droits de l'homme, donc du fait de ne pas les violer ou de prévenir leur violation.

Les sources possibles des droits de l'homme sur lesquelles se fonde la diligence raisonnable telle que la définit John Ruggie ne sont soumises à pratiquement aucune restriction selon les principes directeurs de l'ONU. Il existe aujourd'hui une palette d'instruments mondiaux et régionaux voués à la protection des droits de l'homme et tendant à promouvoir l'universalité de ces derniers. Le commentaire du principe directeur 12 cite, sans prétention d'exhaustivité, quelques-unes des principales de ces sources, notamment la Charte internationale des droits de l'homme (qui se compose de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [Pacte II de l'ONU] et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [Pacte I de l'ONU]) et les conventions maîtresses de l'OIT.

5. Environnement

Dans le postulat, on vise de toute évidence la *protection* de l'environnement. Pour une définition, on pourrait partir de la notion d'«atteintes» utilisée dans la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE ; RS 814.01) (voir art. 7, al. 1 à 7, LPE³⁶ ; voir aussi l'art. 74, al. 1 à 3, de la Constitution, Cst. ; RS 101).

³² Art. 963, al. 1 et 2, CO concernant l'obligation d'établir des comptes (consolidés). Sur le critère du contrôle de l'entreprise, voir MESSAGE DROIT DE LA SOCIÉTÉ ANONYME ET DROIT COMPTABLE du 21 décembre 2007, FF 2008 1407, 1543.

³³ Voir art. 963 ss CO; RSDA 63 (1991) 142 ss; ATF 85 II 113 ss, ATF 70 II 63, ATF 120 II 331, 124 III 299 (reconnaissance implicite).

³⁴ C'est le «paradoxe des groupes» ; voir MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11^e éd. 2012, § 24, n° 46 ss.

³⁵ Voir l'expertise de l'ISDC, p. 14, ch. 2.1 avec d'autres références.

³⁶ L'art. 7, al. 1, LPE a la teneur suivante : « Par atteintes, on entend les pollutions atmosphériques, le bruit, les vibrations, les rayons, les pollutions des eaux et les autres interventions dont elles peuvent faire l'objet, les atteintes portées au sol, les modifications du patrimoine génétique d'organismes ou de la diversité bio-

6. Diligence raisonnable, mécanismes de diligence

Il n'existe pas de définition uniforme et claire du terme «diligence raisonnable»³⁷. Tout d'abord, il a été utilisé en relation avec le devoir de diligence de certaines personnes. Avec le temps, son champ d'application s'est étendu. Aujourd'hui, il désigne essentiellement un passage en revue général ou un examen approfondi de l'entreprise cible dans le cadre d'un rachat d'entreprise³⁸. D'où les expressions de «mécanismes de diligence» ou de «vérifications préalables»³⁹. Dans le contexte du postulat, il faut comprendre ce terme dans son sens initial, celui d'un examen interne de la société opéré par le conseil d'administration en sa qualité d'organe exécutif de la SA, en relation avec les aspects spécifiques du respect des droits de l'homme et de la protection de l'environnement.

7. La diligence raisonnable selon la définition de John Ruggie

Selon les principes directeurs de l'OCDE (II. A. 10 et IV. 5) et les principes directeurs de l'ONU (principes opérationnels 17 à 20), les entreprises sont tenues à une «diligence» ou une «diligence raisonnable en matière de droits de l'homme» (ci-après : diligence raisonnable)⁴⁰. Cette diligence porte sur les incidences négatives de l'activité des entreprises – effectives et potentielles – sur les droits de l'homme, l'environnement et d'autres aspects⁴¹. La notion d'incidences est employée au sens large, englobant tout ce à quoi conduisent ou contribuent substantiellement les activités de l'entreprise et tout ce qui est directement lié à ses activités, produits ou services⁴². Selon le principe directeur 17 de l'ONU, la diligence raisonnable doit consister à évaluer les incidences effectives et potentielles sur les droits de l'homme, à prendre des mesures pour y remédier et à faire savoir comment il y est remédié. L'ampleur de l'analyse et des mesures qui en découlent dépend du contexte (taille de l'entreprise, secteur, contexte de l'activité, risque de voir apparaître des incidences négatives sur les droits de l'homme)⁴³. En d'autres termes, il s'agit d'un processus de gestion permanent que toute entreprise raisonnable et prudente devrait mener pour assumer ses responsabilités en matière de respect des droits de l'homme compte tenu des circonstances spécifiques. Ce mécanisme de diligence peut être intégré dans les processus internes de gestion des risques ; il faut alors que celle-ci aille au-delà de la simple identification et de la simple gestion des risques matériels qu'encourt l'entreprise elle-même pour s'étendre aux risques

logique, qui sont dus à la construction ou à l'exploitation d'installations, à l'utilisation de substances, d'organismes ou de déchets ou à l'exploitation des sols».

³⁷ Il correspond au terme anglais «*due diligence*».

³⁸ *Die «(...) generelle Durchleuchtung bzw. gründliche Überprüfung des Zielunternehmens im Rahmen eines Unternehmenskaufs»*: Olivier MEIER, *Due Diligence bei Unternehmensübernahmen*, Thèse Zurich/St-Gall, 2010, p. 80, avec d'autres références.

³⁹ Voir OLIVIER MEIER, note de bas de page 8, p. 81, avec d'autres références.

⁴⁰ Les principes directeurs de l'OCDE font la distinction entre la diligence raisonnable applicable à tous les aspects dont ils traitent (y compris l'environnement, voir principes VI., 3 à 5) et la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme (principe IV., 5).

⁴¹ Les principes directeurs de l'OCDE relatifs à la diligence raisonnable ne s'appliquent pas aux chapitres consacrés à la fiscalité, à la concurrence ni à la science et à la technologie, qui en sont actuellement exceptés.

⁴² «Incidences négatives sur les droits de l'homme que l'entreprise peut avoir ou auxquelles elle peut contribuer par le biais de ses propres activités, ou qui peuvent découler directement de ses activités, produits ou services par ses relations commerciales» (principe opérationnel 17 (a) de l'ONU ; cf. principes directeurs de l'OCDE II., 12 et IV., 3.). Les principes directeurs de l'OCDE précisent cependant dans le même paragraphe (II., 12) que la responsabilité d'une violation des droits de l'homme ne doit pas être transférée de l'entreprise à une autre entreprise ; en d'autres termes, les entreprises doivent faire preuve d'une diligence raisonnable, y compris dans la chaîne d'approvisionnement (à travers laquelle elles peuvent contribuer à une violation des droits de l'homme), mais elles ne sont pas tenues responsables d'une telle violation.

⁴³ Principe directeur de l'ONU 17 (b); principe directeur de l'OCDE II., 10 *in fine*.

d'impact négatif de l'activité de l'entreprise sur les droits de l'homme, l'environnement et d'autres éléments.

8. Compte rendu public (information)

Le compte rendu public des mesures prises pourrait être compris comme une obligation de l'entreprise ou du groupe de sociétés de faire un rapport périodique qui devrait être rendu accessible au public sous une forme quelconque (par ex. sur Internet).
